

DOSSIER SPÉCIAL

**Le Big Bang des devoirs de vigilance ESG :
les nouveaux enjeux de RSE
et de droits de l'homme**

SOMMAIRE

INTRODUCTION	67	LES MESURES DE VIGILANCE DU SECTEUR EXTRACTIF	81
Par Pierre-Samuel GUEDJ et Yann QUEINNEC		Par Stéphane BRABANT et Nicolas HEURZEAU	
DEVOIR DE VIGILANCE – LES ORGANES DE GOUVERNANCE DES ENTREPRISES EN PREMIÈRE LIGNE	68	CONTRAT ET DEVOIR DE VIGILANCE	86
Par Yann QUEINNEC et Alexis CONSTANTIN		Par Mustapha MEKKI	
LE DEVOIR DE VIGILANCE POUR LES ENTREPRISES MULTINATIONALES, UN IMPÉRATIF JURIDIQUE POUR UNE ÉCONOMIE DURABLE	75	DEVOIR DE VIGILANCE, LE CONSOMMATEUR AUSSI	93
Par Sandra COSSART et Marie-Laure GUISLAIN		Par Yann QUEINNEC et Marie-Pierre BLIN-FRANCHOMME	



Introduction



Par Pierre-Samuel GUEDJ
Président d'Affectio Mutandi



Et Yann QUEINNEC
Directeur Général d'Affectio Mutandi

→ RLDA 5585

La stabilisation depuis 2010 des standards internationaux de *soft-law* dédiés à la responsabilité sociétale des entreprises a mis sur le devant de la scène de nouvelles exigences de vigilance de la part des entreprises. Sans être méconnue de notre droit comme en témoigne le devoir de vigilance du banquier, la vigilance requise par les dispositifs de lutte contre la corruption ou encore ceux dédiés au travail dissimulé, la tendance est à la consolidation d'un devoir de vigilance environnementale, sociale et de gouvernance (ESG), afin d'appréhender la responsabilité des entreprises « *vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* », pour reprendre la définition de la RSE adoptée par la Commission européenne (COM(2011)681 final).

Cet irrésistible mouvement de fond vers une vigilance élargie, porté par la société civile mais entrant en résonance avec les attentes des différentes opinions publiques notamment des pays développés, a d'ailleurs été confirmée le 3 février 2015 par la voix du député européen Richard Howitt en ouverture du forum multipartites sur la RSE qui se tenait à Bruxelles, en appelant à la définition du devoir de vigilance dans la nouvelle stratégie européenne de RSE 2015-2020 qui sera adoptée en fin d'année. Notons aussi la proposition de résolution portée par le député Bertrand Pancher visant à organiser une négociation européenne et internationale sur le devoir de vigilance (proposition n° 2693 enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 1^{er} avril 2015).

Ce dossier spécial est l'occasion d'analyser différentes facettes de ce devoir de vigilance en pleine ébullition. Les deux premières contributions s'intéressent à la proposition de loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale le 30 mars 2015. Avec Alexis Constantin, nous croisons son analyse avec celle de la directive dite « *Barnier* » sur l'information non-financière adoptée en octobre 2014, pour constater combien les organes de gouvernance de l'entreprise se trouvent en première ligne. Si les deux textes couvrent les mêmes enjeux, mettent l'accent sur la nécessité de prévenir les risques et l'exigence de transparence, la spécificité tangible de l'initiative française (qui fait des émules, l'ONG autrichienne NeSoVe a présenté des propositions similaires devant les députés le 17 novembre 2014 tandis que le Conseil National Suisse a débattu d'une motion le 13 mars 2015) réside dans l'établissement explicite d'un régime de responsabilité civile.

Ce dossier est aussi l'occasion d'inviter l'association Sherpa, à l'origine notamment de la plainte visant Vinci pour recours au travail

forcé au Qatar déposée le 24 mars 2015 et du dossier *Comilog* dans lequel la Cour de cassation a confirmé la compétence juridictionnelle française (Arrêt n° 145 du 28 janvier 2015), à partager sa lecture comparée de la proposition de loi adoptée le 30 mars et de la première version déposée en novembre 2013 (cf. Queinnek Y. et Brabant S., *De l'art et du devoir de vigilance*, RLDA 2013/88, n° 4881), dans le sillage rappelés-le, du drame du Rana Plaza au Bangladesh.

Devant l'hétérogénéité des enjeux couverts par cette vigilance élargie, les spécificités sectorielles, territoriales et culturelles, les réponses doivent s'adapter. Stéphane Brabant et Nicolas Heurzeau l'illustrent dans une contribution dédiée aux mesures de vigilance dans le secteur extractif. Certains États africains illustrent déjà ce mouvement en posant des exigences de *local content* dans leur code minier, à l'instar de la Guinée qui fixe des quotas précis sur l'utilisation des produits et fournisseurs locaux, de la main d'œuvre guinéenne. Exigences légales qui doivent se traduire contractuellement. Nous constaterons aussi que ces nombreuses initiatives normatives, mènent toutes à une figure juridique, déjà à l'œuvre pour relever les défis du devoir de vigilance : le contrat. Mustapha Mekki met en évidence combien la liberté de contracter et l'effet obligatoire du contrat ouvrent de potentiel.

Et puisque tous ces efforts attendus des entreprises seraient vains s'ils n'impliquaient pas le consommateur, notre contribution aux côtés de Marie-Pierre Blin-Franchomme analyse deux récentes dispositions issues de la loi *Hamon* et de la loi *Économie Sociale et Solidaire*. L'une consacrant une vigilance dans la conception des produits, l'autre créant un devoir de réponse sur les conditions sociales de fabrication.

Ce dossier spécial est ainsi l'occasion d'évaluer les contours des nouveaux risques juridiques, sociétaux et réputationnels liés à ces mutations normatives du droit souple vers le droit dur. Il a vocation à sensibiliser les entreprises sur l'exigence grandissante de la société civile mais également des opinions publiques (avec l'émergence de *Homo Ethicus Numericus*) et la nécessité d'établir des Plans de vigilance ESG cohérents. Leur effectivité nécessitera de faire preuve de créativité et d'associer finement ingénierie normative et ingénierie sociétale.

Les ingrédients pour s'adapter à ce Big Bang des devoirs de vigilance sont là, aux entreprises et leurs parties prenantes de les articuler ! ■

Devoir de vigilance – Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne

Les exigences de vigilance liées aux enjeux Environnementaux, Sociaux et de Gouvernance (ESG) ont trouvé ces derniers mois des terrains d'expression normative à fort impact pour les organes de gouvernance des entreprises. Cette tendance est naturelle tant l'identification des risques, leur gestion et la divulgation des résultats relèvent de leur champ d'action. Le rapport annuel de gestion devient un outil de démonstration des vigilances auprès d'un public qui s'élargit. Plusieurs enseignements utiles peuvent être tirés du croisement de la directive n° 2014/95/UE, dite « Barnier » sur la publication d'informations non financières avec la proposition de loi sur le devoir de vigilance qui préfigure la transposition de cette directive en imposant l'adoption d'un **Plan de Vigilance** (cf. Malecki C., *Devoir de vigilance des sociétés-mères et des entreprises donneuses d'ordre : la France peut-elle faire cavalier seul ?*, Bull. Joly Sociétés 2015, p. 171).

Proposition de loi n° 2628 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 mars 2015 et adoptée en première lecture à l'Assemblée Nationale le 30 mars 2015 - <<http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0501.asp>>

Dir. PE et Cons. UE n° 2014/95, 22 oct. 2014, modifiant la directive 2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, JOUE 15 nov., n° L 330 - <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32014L0095>>

Financial Conduct Authority (UK) Final Notice re/ David Caplin, 22 janv. 2015 - <<http://www.fca.org.uk/static/documents/final-notice/david-caplin.pdf>>



Par Yann QUEINNEC

Directeur Général d'Affectio Mutandi



Et Alexis CONSTANTIN

Professeur – Université de Versailles Saint-Quentin
Directeur de l'Institut d'Études Judiciaires
Associé-Gérant Corpus Consultants

→ RLDA 5586

C'est à un exercice de dosage délicat auquel les États sont invités afin de garantir la prévention et la réparation des dommages sociaux, environnementaux, sanitaires affectant les citoyens (cf. Queindec Y. et Bourdon W., *Entreprises transnationales et droits de l'homme – À la recherche des combinaisons normatives adaptées*, Journal Européen des Droits de l'Homme, avr. 2013). Adapter leur législation et trouver le juste équilibre entre droit souple et droit dur est de leur responsabilité et l'épopée de la proposition de loi française visant à instaurer un devoir de vigilance (cf. Queindec Y. et Brabant S., *De l'art et du devoir de vigilance*, RLDA 2013/88, n° 4881) ainsi que l'adoption de la directive Barnier illustrent ce mouvement de balancier.

Ces deux initiatives normatives font suite à la stabilisation depuis 2010 des standards internationaux de *soft-law* dédiés à la responsabilité sociétale des entreprises qui a mis sur le devant de la scène une exigence de vigilance élargie de la part des entreprises et tout spécialement de leurs organes de gouvernance (cf. Tchoutourian I., RSE, Développement durable et gouvernance d'entreprise. Un jeu d'ac-

teurs et de structures... *ad hominem* ou *ad libitum* du marché ?, Journ. sociétés juill. 2012, p. 36).

Alors que l'UE a opté pour une obligation de *reporting* renforcée exigeant la description, le contrôle, la divulgation des mesures de prévention et leurs résultats, l'initiative française consiste à imposer à certaines entreprises l'établissement d'un Plan de vigilance intégré au rapport de gestion (la proposition de loi prévoit de contraindre les grandes sociétés mères et donneuses d'ordre qui emploient à la clôture de deux exercices nets au moins 5 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales en France et au moins 10 000 salariés en leur sein et dans leurs filiales en France ou à l'étranger).

Cette obligation de vigilance, dont le juge peut enjoindre le respect sous astreinte et dont la méconnaissance est passible d'une amende civile de 10 millions d'euros ainsi que d'une sanction réputationnelle (publication et affichage des manquements) pourra également être invoquée, en cas d'inexécution ou de mauvaise



exécution, devant le juge à l'appui d'une action en réparation fondée sur le régime de responsabilité civile de droit commun.

Si leur force normative diffère (sur les différentes forces normatives des textes en la matière, cf. Family R., La responsabilité sociétale de l'entreprise : du concept à la norme, D. 2013, p. 1558 ; Deumier P., La responsabilité sociétale de l'entreprise et les droits fondamentaux, D. 2013, p. 1564 ; adde Thibierge C. et alii, La force normative, naissance d'un concept, Bruylant, LGDJ, 2009) le dénominateur commun de ces deux textes est l'exigence de démontrer l'exercice de la vigilance. Or cette démonstration dépend de la qualité de l'analyse des risques, des informations collectées, de leur traitement et leur divulgation auprès des parties intéressées et c'est l'une des responsabilités fondamentales des organes de gouvernance de l'entreprise que de contrôler les processus mis en œuvre et d'en restituer les performances dans le rapport de gestion.

Ainsi, dans le sillage des standards internationaux de RSE la directive et la proposition de loi adaptent cet exercice très formalisé de la vie de l'entreprise aux enjeux non financiers en mettant les organes de gouvernance aux avant-postes. Ces textes consolident des obligations dont on s'aperçoit, à l'analyse, qu'elles dessinent un devoir de vigilance au périmètre élargi (I), impliquant de nouvelles responsabilités pour les sociétés et leurs dirigeants (II).

I. – UN DEVOIR DE VIGILANCE AU PÉRIMÈTRE ÉLARGI

En s'adossant à une obligation de transparence, les deux dispositifs créent peu à peu une corrélation entre le périmètre de reporting et le champ de responsabilité d'une entreprise et de ses dirigeants. Le périmètre d'exposition à ces nouveaux risques juridiques n'en demeure pas moins délicat à circonscrire (Van Wensen K., Broer MSC W., Klein J. et Knopf J., The State of Play in Sustainability Reporting in the European Union 2010, p. 107, op. cit., in Caillet M.-C., Le droit à l'épreuve de la RSE : étude à partir des entreprises transnationales, Univ. Bordeaux, nov. 2014, Thèse à paraître, § 329).

C'est pourtant l'étape préalable incontournable pour une entreprise que de judicieusement déterminer ses périmètres de vigilances, en vue d'identifier les facteurs de risques et sécuriser sa stratégie de prévention, voire de réparation. Cet exercice est particulièrement délicat du fait de l'hétérogénéité des enjeux, et des spécificités sectorielles (cf. Brabant S. et Heurzeau N., Les mesures de vigilance du secteur extractif, RLDA 2015/104, n° 5588), territoriales et culturelles. Il conditionne l'établissement d'une cartographie des risques juridiques, sociétaux et réputationnels (Queinnec Y. et Guedj P.-S., L'impact des mutations normatives de la RSE sur la responsabilité des investisseurs et donneurs d'ordre, RLDA 2015/100, n° 5441), première étape dans la démonstration de l'exercice de sa vigilance. Devoir de vigilance dont l'article 1^{er} de la proposition de loi démontre l'étendue : « Ce plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et à prévenir la réalisation de risques d'atteintes aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, de dommages corporels ou environnementaux graves ou de risques sanitaires résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle, directement ou indirectement, au sens du II de l'article L. 233-16, ainsi que des activités de leurs sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels elle entretient une relation commerciale établie. Les mesures du plan visent également à prévenir les comportements de corruption active ou passive au sein de la société et des sociétés qu'elle contrôle ».

La directive et la proposition de loi exigent des entreprises concernées qu'elles apportent des réponses à des questions à fort impact : à quoi dois-je m'engager et jusqu'où doivent porter mes engagements ? Ce dernier point étant particulièrement sensible compte tenu de l'extension de la vigilance aux relations commerciales.

Périmètre substantiel – s'engager sur quoi ?

Les deux textes enjoignent les entreprises à décrire leur politique de RSE et la manière dont elles la mettent en œuvre. Dans le contexte d'un groupe de sociétés de dimension internationale, cet exercice hautement stratégique relève naturellement de l'autorité de la société mère. L'engagement des plus hauts dirigeants figure d'ailleurs parmi les recommandations des standards de droit souple.

Mais de quoi s'agit-il ? Les principes directeurs de l'ONU dédiés aux droits de l'homme indiquent qu'il s'agit pour l'entreprise « d'énoncer publiquement ses responsabilités, engagements et attentes ». Cette déclaration doit énoncer ce qu'elle « attend du personnel, des partenaires commerciaux et d'autres parties directement liées à ses activités, produits et services » (Principe n° 16 et commentaire).

Cette description du contenu de la déclaration est fidèle aux exigences de la directive et de la proposition de loi.

On mesure naturellement la crainte des entreprises d'avoir à multiplier les matrices de risques et processus de contrôles pour répondre à l'hétérogénéité des enjeux visés dans la directive et la proposition de loi française. Il suffit toutefois d'observer la multiplicité des expressions d'engagements et des mesures de vigilance entrés dans les usages (codes de conduite, chartes éthiques, chartes fournisseurs, rapports DD, recours à des agences de certification, de notation, etc.), de les confronter au doute persistant de parties prenantes attentives, pour en déduire que les entreprises sont dorénavant devant un impératif de cohérence.

Cet impératif de cohérence dans la formalisation des engagements et des mesures de vigilance mises en œuvre est l'occasion de préciser deux points importants.

Tout d'abord, il s'agit essentiellement d'obligations de moyens. Nous atteignons ici la frontière, certes poreuse, mais fondamentale, entre la responsabilité des États et celle des entreprises. Le degré d'engagement et la nature des mesures de vigilance devront s'adapter aux pays dont le droit n'est pas en phase avec les grands textes internationaux et/ou dont les modalités d'application souffrent d'une gouvernance perfectible. Dans ces contextes la qualité des liens établis avec les parties prenantes clés sera décisive.

D'autre part, cette question des engagements est d'autant plus sensible que leur adéquation avec les moyens mis en œuvre pour les respecter est un facteur d'exposition à des risques de poursuite sur le fondement des pratiques commerciales trompeuses, comme l'ont illustré récemment les affaires Samsung et Auchan (Queinnec Y. et Guedj P.-S., L'impact des mutations normatives de la RSE sur la responsabilité des investisseurs et donneurs d'ordre, RLDA 2015/100, n° 5441).

Mais l'entreprise doit-elle impérativement traiter l'intégralité des enjeux ? La directive précise en effet que l'importance des incidences, qui guidera la teneur des engagements, « devrait être

évaluée à l'aune de leur ampleur et de leur gravité » (Dir. PE et Cons. UE n° 2014/95, 22 oct. 2014, attendu n° 8) tandis que l'article 1^{er} de la proposition de loi utilise le qualificatif « grave » pour désigner les risques d'atteintes aux droits de l'homme, libertés fondamentales, dommages corporels ou environnementaux. Les matrices de risques à mettre en place seront donc guidées par le degré de gravité des atteintes potentielles ou avérées.

Il est intéressant de noter à ce titre les limites posées par la directive qui autorise les omissions d'informations dans des cas exceptionnels après « l'avis dûment motivé des membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance » [...] « si la communication de ces informations nuirait gravement à la position commerciale de l'entreprise, à condition que cette omission ne fasse pas obstacle à une compréhension juste et équilibrée de l'évolution des affaires, des performances, de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité » (Dir. PE et Cons. UE n° 2014/95, 22 oct. 2014, art. 19 bis 1). Si l'exposé des motifs de la proposition de loi française exclut le recours au mécanisme de « *comply or explain* » (appliquer ou justifier), on peut considérer que le travail de hiérarchisation en fonction de la gravité des risques (auquel invitent notamment les principes directeurs de l'ONU, cf. Commentaire du Principe n° 17) s'en rapproche toutefois.

À ce stade nous pouvons tirer deux enseignements. D'une part, c'est la cartographie des risques qui devrait guider l'expression des responsabilités, engagements et attentes.

D'autre part, développer une ingénierie sociétale lors de la construction de sa politique de vigilance va devenir un facteur décisif de sécurité juridique et réputationnelle. Cela conditionnera la qualité des réponses apportées aux attentes des parties prenantes et leur acceptation, tant des choix de priorisation des enjeux que des mesures de vigilance retenues. Il est d'ailleurs notable que l'exposé des motifs de la proposition de loi précise, suivant en cela les recommandations de droit souple (ex. Principes directeurs de l'OCDE Chap. II, § A.14, ISO 26000, § 4.5 et 5.3), que le plan de vigilance devra faire l'objet d'une concertation entre l'entreprise et ses parties prenantes entendues comme l'ensemble de ceux qui participent à sa vie économique et des acteurs de la société civile influencés, directement ou indirectement, par ses activités (au sens de L. n° 2012-1559, 31 déc. 2012 – exposé des motifs de la proposition n° 2578 enregistrée à la Présidence de l'Assemblée nationale le 11 février 2015).

En résumé, ces deux initiatives normatives, dans le sillage des standards de droit souple (art. 1^{er}, proposition de loi n° 2628, consid. n° 6 et art. 19 bis 1 de la directive n° 2014/95/UE, chapitre III des principes directeurs de l'OCDE, principe 21 des principes directeurs de l'ONU, § 4.3 de l'ISO 26000) consacrent un principe de transparence dont les dérogations, essentiellement limitées au secret des affaires, nécessiteront de solides argumentaires.

Périmètre structurel – s'engager jusqu'où ?

Si la question de l'expression des engagements est délicate, celle du périmètre de la collecte, du traitement et de la divulgation des informations l'est tout autant. La délimitation du périmètre du reporting non-financier et par extension du Plan de vigilance va conditionner l'exercice de la cartographie des risques sur lequel repose les dispositifs de vigilance.

Ce facteur d'exposition à des risques juridiques pose la question du périmètre organisationnel, qui désigne les relations intra-groupe

et du périmètre opérationnel qui vise les relations d'affaires. Nous utilisons à dessein ces deux typologies de périmètre retenues par la Global Reporting Initiative (« Pour la détermination du périmètre de son rapport, l'organisation doit considérer à la fois l'ensemble des entités sur lesquelles elle exerce un contrôle (souvent appelé « périmètre organisationnel », terme généralement rattaché à des définitions relatives à l'élaboration de rapports financiers) et l'ensemble de celles sur lesquelles elle exerce une influence (souvent appelée « périmètre opérationnel »). L'évaluation de son influence doit amener l'organisation à analyser sa capacité à influencer des entités en amont (chaîne d'approvisionnement, par exemple), comme en aval (distributeurs et utilisateurs de ces produits et services) » – Lignes directrices pour le reporting développement durable », ci-après « GRI » version 3.0, p. 12), standard de reporting non-financier auquel renvoient tant la directive que la proposition de loi.

Périmètre organisationnel – Les relations intra-groupe

Renvoyant aux repères bien établis issus des dispositifs de consolidation comptable, le périmètre d'application intra-groupe est relativement bien circonscrit. On peut d'ailleurs observer que la référence au II de l'article L. 233-16 du code de commerce dans la proposition de loi française, qui vise le périmètre de contrôle exclusif, ouvre un terrain de difficultés alors que l'obligation de reporting non-financier issue de la loi Grenelle II se limite aux filiales au sens des articles L. 233-1 et L. 233-3 du code de commerce (C. com., art. L. 225-102-1).

Plus critique encore que le périmètre est la question du degré de détails du reporting, car facteur d'appréciation du sérieux des mesures de vigilance autant de la part des parties prenantes offensives que du juge. Alors que la loi Grenelle II érigeait la consolidation en principe, la proposition de loi et la directive, en renvoyant aux standards internationaux tels que la GRI, le relativisent. Procéder à un reporting par entité, en fonction de la gravité des enjeux, va devenir une bonne pratique de vigilance qui ne devrait pas manquer d'alimenter des débats (cf. Muka Tshibende L.-D., Queinnec Y. et Tchoutourian I., Art. 224-2 de la loi Grenelle II, Vers un droit de la gouvernance d'entreprise (enfin ?) responsable, Rev. dr. Int. et comp. 2012, n° 1, p. 133).

Enfin, le périmètre de reddition intra-groupe soulève aussi l'enjeu des délégations de pouvoir. Il est bien connu que l'établissement d'une culture de l'éthique dépend de l'implication des hommes et femmes, des dirigeants jusqu'aux opérationnels. Le transfert effectif de responsabilité attendu des délégations de pouvoirs, dépendra des moyens les accompagnant, de même que l'effectivité du plan de vigilance.

Périmètre opérationnel – Les relations d'affaires

Si le périmètre d'application intra-groupe est relativement bien circonscrit, il n'en est pas de même s'agissant des relations d'affaires. Les précautions linguistiques de la directive en témoignent en exigeant que la déclaration intègre : « les principaux risques liés à ces questions en rapport avec les activités de l'entreprise, y compris, lorsque cela s'avère pertinent et proportionné, les relations d'affaires, les produits ou les services de l'entreprise, qui sont susceptibles d'entraîner des incidences négatives dans ces domaines, et la manière dont l'entreprise gère ces risques » (Dir. PE et Cons. UE n° 2014/95, 22 oct. 2014, art. 19 bis 1 d).

Observons d'ailleurs que lors de son passage devant la commission des lois de l'Assemblée la proposition de loi française a substitué la notion « d'influence notable » par celle de « relations



commerciales établies », quand l'ensemble des standards internationaux utilisent « *Relations d'affaires* » ou « *sphère d'influence* » (Queindec Y., La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE, lecture juridique d'un phénomène normatif, Journ. sociétés juill. 2012, p. 67). La notion de relation commerciale établie figure à l'article L. 442-6 du code de commerce. Il peut paraître surprenant, de prime abord, que soit ainsi exploitée une notion qui ne concernait jusqu'alors que la question très spécifique des pratiques restrictives de concurrence entre les entreprises, très éloignée des considérations de RSE. Mais les rédacteurs de la proposition de loi l'ont trouvée néanmoins plus pertinente que toute autre notion, et notamment tout à la fois plus large et plus précise que le critère de l'influence déterminante. La jurisprudence a défini la relation commerciale établie comme un partenariat dont chaque partie peut raisonnablement penser qu'il est voué à se poursuivre. La commission des lois a retenu cette notion dans la mesure où le plan de vigilance doit comporter une cartographie des risques qu'on ne peut exiger d'une entreprise dans le cadre d'une relation commerciale tout à fait ponctuelle (cf. M. Dominique Potier, rapporteur, première séance AN du 30 mars 2015). La notion de relation commerciale établie laisse toutefois subsister une marge d'interprétation de la part des tribunaux, et il est permis de se demander si ces derniers en feront une appréciation conforme à celle qu'ils retiennent pour l'application de l'article L. 442-6 du code de commerce en matière de concurrence (cf. Malaurie-Vignal M., Droit de la concurrence interne et européen, Sirey, 6^e éd., 2014, n^o 259 et s. et la jurispr. citée), ou bien si cette appréciation présentera des spécificités inhérentes à son application en matière de vigilance.

Un détour par le principe de précaution est utile à ce stade, principe qui, rappelons-le, consiste à « *anticiper certains dommages graves bien qu'incertains en s'attaquant aux risques* » (Boutonnet M., Bilan et avenir du principe de précaution en droit de la responsabilité civile, D. 2010, p. 2662 ; Boutonnet M., Le principe de précaution, outil de réparation et prévention des dommages devant le juge civil, Journ. sociétés juill. 2012, p. 16). Si l'incertitude scientifique déclenche le principe de précaution, c'est l'incertitude liée aux relations commerciales, dont elles ne connaissent pas toutes les conditions de production, qui doit guider le devoir de vigilance ESG (cf. Caillet M.-C., Le droit à l'épreuve de la RSE : étude à partir des entreprises transnationales, Univ. Bordeaux, nov. 2014, Thèse à paraître, § 615). Cette tautologie, loin d'effrayer, doit inciter les entreprises à adopter une interprétation extensive du périmètre de reddition d'information ainsi d'ailleurs que les y invitent les différents standards internationaux (*ibid.* Muka Tshibende L.-D., Queindec Y. et Tchoutourian I., Rev. dr. Int. et comp. 2012, n^o 1, § 48).

Les contradictions entre les règles de droit dur et de droit souple seraient hautement préjudiciables à terme. Gageons qu'adopter une interprétation extensive de la relation d'affaires est une sage précaution et un facteur de réduction de l'exposition aux risques. La qualité des informations collectées en sortira renforcée, les risques en seront mieux évalués et ce faisant les mesures de vigilance plus adaptées pour répondre aux attentes des parties prenantes.

Pour fixer les limites de leurs diligences dans la chaîne de valeur, les entreprises sont invitées à opérer des raisonnements par analogie avec des dispositifs existant et combler la pénurie de jurisprudence utile par l'analyse attentive du travail des Points de Contact Nationaux (PCN) de l'OCDE. En effet, leur travail de médiation crée

peu à peu une œuvre prétorienne sur les contours de la diligence raisonnable. Jusqu'à produire des recommandations sectorielles comme l'illustre le rapport publié après le drame du Rana Plaza (Rapport du PCN français sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement, 2 déc. 2013, cf. Queindec Y. et Penglaou M.-S., De l'utilité des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, RLDA 2013/84, n^o 4688).

Parmi les leçons à tirer du drame du Rana Plaza, il est hautement recommandé aux entreprises donneuses d'ordre de divulguer des détails sur l'adaptation de leurs contrats avec leurs fournisseurs et sous-traitants. Le rapport du PCN français devenu un référentiel de bonnes pratiques, a en effet identifié combien la clause RSE devenue usuelle, n'apportait pas toutes les garanties (Queindec Y., L'émergence de contrats durables pour exercer sa vigilance, RLDA 2014/99, n^o 5398). Ne pas faire état des dispositions prises en la matière, au regard de l'esprit de la directive, de la proposition de loi et des standards internationaux de référence, serait perçu comme un signe de négligence.

On peut anticiper une exigence grandissante de transparence sur ces conditions contractuelles aujourd'hui peu accessibles, à l'instar de la divulgation des mécanismes d'optimisation fiscale par le ministère des finances et des comptes publics. Dans tous les cas les organes de gouvernance devront être en mesure de justifier de telles omissions, l'exception de confidentialité n'étant pas de mise ici, compte tenu de l'obstacle qu'elle pourrait constituer « *à une compréhension juste et équilibrée de la situation de l'entreprise et des incidences de son activité* » (Dir. PE et Cons. UE n^o 2014/95, 22 oct. 2014, art. 19 bis 1 e).

Cette tentative de dresser le périmètre des vigilances attendues nous amène à présent à déterminer les contours des responsabilités encourues.

II. – UN DEVOIR DE VIGILANCE IMPLIQUANT DES RESPONSABILITÉS NOUVELLES

Société ou mandataire social, qui répond de la montée en puissance des risques ESG ?

En leur qualité de mandataire social, les dirigeants engagent par leurs décisions la responsabilité de la société et il suffit de rappeler les termes de l'article L. 225-35 du code de commerce pour constater combien le champ décisionnel du conseil d'administration est important en ce qu'il « *détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre* » et peut se saisir de « *toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent* ».

Or, s'agissant de l'établissement du rapport annuel de gestion, acte de gouvernance par excellence, le rôle du conseil d'administration est fondamental. Au point que ses décisions en la matière se confondent avec le respect des dispositions du Code de commerce incombant à la société (C. com., art. L. 225-102 et s.). C'est lui qui établit le rapport de gestion et ce faisant engage la société à l'égard des actionnaires, des salariés et des tiers si son contenu n'est pas fidèle aux dispositions législatives ou réglementaires (C. com., art. L. 225-251).

Nous sommes ainsi devant une personne morale seule débitrice de l'obligation de reddition d'informations à l'égard des tiers, dont le respect dépend de la qualité du travail de ses mandataires so-



ciaux. Les équipes opérationnelles pourraient donner le meilleur d'elles-mêmes, en vain si les vigilances décidées par les dirigeants étaient inadéquates.

Avec quel degré d'implication ?

Les membres d'organes de gouvernance, au premier rang desquels les administrateurs, sont confrontés à l'épineuse question de leur degré d'implication, fort délicate en l'absence de jurisprudence établie.

Une récente décision de la FCA, l'équivalent britannique de l'AMF apporte d'utiles éléments d'appréciation d'une culture de gouvernance adaptée aux enjeux éthiques (Financial Conduct Authority, Final Notice re/ David Caplin, 22 janv. 2015). Elle condamne le directeur général (CEO) et le responsable de la *compliance* de Martins Brokers, pour défaut de vigilance ayant contribué à des manipulations du taux Euribor. Les principaux manquements retenus résident dans l'évaluation des risques inadéquate, l'absence de fonction *compliance* effective, le défaut de *process de reporting* et de chaîne de responsabilités clairement établie. Parmi les éléments pris en compte notons aussi le fait que le CEO considérait que « *Martin's business was low risk from a compliance perspective and he resisted efforts by the firm's compliance officer* » (§ 22) et « *Mr Caplin thought that compliance added little value to the business and saw it as unnecessary administration* » (§ 23).

En rappelant le rôle clé du *Board* et en en identifiant les manquements, cette décision illustre ce que les nouvelles exigences d'information sur les mesures de vigilance augurent en termes de responsabilité. Les manquements d'un conseil d'administration n'accordant pas suffisamment d'importance à cette nouvelle génération de risques pourraient entraîner la mise en cause de la responsabilité de la personne morale et de ses dirigeants.

La directive, d'ores et déjà, fait peser sur les organes de gouvernance la responsabilité de démontrer le caractère adéquat des mesures de vigilance mises en œuvre « *afin d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives existantes et potentielles* » (Dir. PE et Cons. UE n° 2014/95, 22 oct. 2014, consid. 6).

Quand à la proposition de loi française, sa principale caractéristique consiste à créer une chaîne de responsabilité explicite. L'absence de plan, la non-divulgaration des résultats ou son inadaptation aux risques constitueraient des fautes susceptibles d'être retenues par un juge. En exigeant de la société qu'elle établisse et mette en œuvre de manière effective un plan de vigilance (art. 1), elle vise implicitement mais nécessairement les administrateurs qui, dans l'exercice collégial de leur mandat, n'auraient pas pris toutes les assurances d'une identification et d'une gestion adéquate des risques.

Enfin, rappelons que les assurances données par les commissaires aux comptes et les tiers vérificateurs indépendants, qu'il s'agisse de la simple attestation sur la présence des informations ou de l'expression d'un avis sur leur sincérité (C. com., art. L. 823-10, L. 823-16 et L. 225-102-1 ; Dir. PE et Cons. UE n° 2014/95, 22 oct. 2014, consid. 16) ne constituent pas des protections absolues. Ces récentes évolutions n'en constituent pas moins le signe d'une exigence accrue de contrôle des informations divulguées, les incohérences devant être portées par le commissaire aux comptes à la connaissance des organes de gouvernance en application de la norme professionnelle NEP-9510 (cf. Muka Tshibende L.-D., Queinnec Y. et Tchoutourian I.,

Art. 224 et s. de la loi Grenelle II, Vers un droit de la gouvernance d'entreprise (enfin ?) responsable, Rev. dr. Int. et comp. 2012, n° 1, p. 138).

Une chose est acquise, l'exercice de ce devoir de vigilance a pour vecteur l'obligation d'information non-financière, connue de longue date des entreprises françaises et qui s'appliquera aux pays de l'UE à compter de l'exercice 2017. Intéressons-nous alors aux caractéristiques de l'obligation avant d'aborder les questions de responsabilité qu'elles soulèvent.

Responsable de quoi ?

Si la production du rapport de gestion est bien le fruit du travail conjoint des directions opérationnelles, de la direction générale, des commissaires aux comptes et de divers comités *ad hoc* le cas échéant (comité éthique, compliance, risque, conformité, audit interne, etc.), c'est bien le conseil d'administration qui a le dernier mot sur un processus de reddition d'information qui repose sur cinq phases clés.

La première phase, requise par l'ensemble des sources normatives de la RSE, consiste pour l'entreprise à **décrire sa politique**. Elle implique de préciser les engagements pris et les mesures de diligence raisonnable mises en œuvre pour les respecter. Cette étape initiale est à l'évidence le point d'entrée de l'exposition aux risques juridiques en cas de mauvaise identification des risques, préalable à l'expression des engagements. Exposition d'autant plus grande en cas d'inadéquation entre les engagements exprimés et les moyens mobilisés pour y répondre, comme ont pu le démontrer les récentes actions visant Samsung et Auchan pour violation de leur code de conduite.

Ensuite, il s'agit de **produire les informations non-financières pertinentes**, ce qui pose la question des modalités et périmètres de leur collecte ainsi que des critères de performance retenus. Cette question est d'autant plus délicate quand il s'agit d'appréhender les risques susceptibles de se produire dans les relations d'affaires, comme l'a illustré le drame du Rana Plaza.

On constate naturellement qu'en pratique ces deux premières phases accaparent au premier chef les directions générales et opérationnelles, avec ou sans l'implication des comités *ad hoc*. Il n'en reste pas moins que c'est sous l'autorité du conseil d'administration que leurs fondamentaux (criticité des risques, périmètres et critères de performances retenus, etc.), sont *in fine* validés pour nourrir, ou non, le rapport de gestion qui doit permettre aux entreprises de donner « *une image complète et fidèle de leurs politiques, de leurs résultats et de leurs risques* » (Dir. PE et Cons. UE n° 2014/95, 22 oct. 2014, consid. 5).

Une fois la politique et les outils établis, vient la phase de **contrôle** de la mise en œuvre. Ce contrôle peut amener les administrateurs à délibérer en cas de crise aiguë et exige de s'assurer régulièrement de la pertinence des actions menées, des critères d'évaluation des risques et résultats retenus. Sur la base des avis émis par les comités *ad hoc* qui se voient éventuellement confier ce contrôle continu, c'est le conseil d'administration qui procède aux arbitrages nécessaires.

Enfin, il s'agit de **divulguer** ces informations au public, ce qui pose, entre autres délicates questions, celle de l'équilibre entre la garantie d'accès à l'information à toute personne ayant un intérêt légitime et les limites liées au secret des affaires (cf., notamment, le



considérant 10 de la directive n° 2014/95/UE selon lequel « ces procédures sont mises à la disposition de toutes les personnes et entités juridiques ayant un intérêt légitime, conformément au droit national, à veiller au respect des dispositions de la présente directive »).

Par ailleurs, face à l'ampleur des enjeux couverts, qui vont des questions environnementales à la lutte contre la corruption en passant par les droits de l'homme (cf. Herbel P., La responsabilité sociétale de l'entreprise en tant que vecteur pour faire avancer les droits de l'homme par l'entreprise, D. 2013, p. 1570), **expliquer les exclusions** va devenir un gage de sérieux des démarches de prévention. Marqué du sceau du principe « *appliquer ou expliquer* » (« *comply or explain* ») cette question des exclusions, déjà présente dans le dispositif de reporting issu de la loi Grenelle II (C. com., art. R. 225-105) et de la directive (Dir. PE et Cons. UE n° 2014/95, 22 oct. 2014, art. 19 bis 1), est très sensible et va requérir une grande vigilance de la part des organes de gouvernance qui entérinent ces choix.

De ces quelques caractéristiques de l'obligation d'information non-financière l'on peut tirer deux enseignements principaux. D'une part, on constate combien les occasions de manquer de vigilance et de perspicacité ne manquent pas tout au long de ce cheminement allant de choix stratégiques (sur quoi s'engager, etc.) à des considérations très opérationnelles (jusqu'où exercer sa vigilance dans la chaîne d'approvisionnement, quels critères de performances retenir, etc.). D'autre part, l'exposition aux risques est exacerbée par l'hétérogénéité des destinataires de ces informations qui deviennent potentiellement autant d'ayants droit à agir...

Renforcement de la responsabilité des administrateurs

Rappelons que l'exercice de la vigilance des membres d'un conseil d'administration est une exigence fort ancienne, source de responsabilité (« *Les membres du conseil d'administration sont en principe responsables des fautes commises par les administrateurs délégués, lorsque, par leur vigilance ou leur perspicacité, ils auraient pu les empêcher* », Paris, 29 déc. 1934, DH 1936. Somm. 4 ; S. 1935. 2. 61).

On perçoit aisément le potentiel d'exposition issu de l'articulation entre cette exigence de vigilance et l'exercice de la reddition d'informations non-financières dans le rapport de gestion (dont le potentiel d'exposition à l'action civile par les actionnaires a été pressenti depuis longtemps, cf. Le Cannu P., obs. sous Cass. com., 3 oct. 2006, n° 05-13.519, RTD com. 2007, p. 179). Dans ce contexte il est important de distinguer les fautes qui pourraient être reprochées aux dirigeants personnellement de celles dont la société seule devrait répondre (cf. Mouial-Bassilana E., La responsabilité civile dans le contexte de la responsabilité sociale des entreprises (RSE), in Droit des sociétés et responsabilité civile, Actes prat. 127/2013, spéc. p. 10 et s.).

Si la responsabilité première des administrateurs à l'égard de la société est de prendre part à la gestion et l'administration de la société en surveillant activement et efficacement, en bons pères de famille, la marche de la société anonyme (Faute de surveillance – T. com. Roubaix, 26 sept. 1956, D. 1957. 10, note Goré), à l'égard des tiers il est bien établi par la jurisprudence que leur responsabilité personnelle n'est admise qu'en cas de faute séparable des fonctions.

Le critère de la faute séparable des fonctions est, on le sait, interprété assez restrictivement et limité aux fautes intentionnelles d'une particulière gravité, incompatibles avec l'exercice normal des fonctions sociales (Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, Bull. civ. IV, n° 84, D. 2003, p. 1502, obs. Lienhard A., Bull. Joly Sociétés 2003, p. 786,

note Le Nabasque H., JCP E 2003, 1203, n° 2, obs. Caussain J.-J., Deboissy F. et Wicker G., Rev. sociétés 2003, p. 479, note Barbiéri J.-F., RJDA 2003, 717, n° 842, concl. Véricelle R., RTD civ. 2003, p. 509, obs. Jourdain P., RTD com. 2003, p. 741, obs. Champaud Cl. et Danet D.).

Pour autant, il faut rappeler que la commission d'une infraction pénale intentionnelle constitue une faute détachable qui engage en principe la responsabilité civile personnelle du dirigeant en cause à l'égard des tiers (Cass. com., 9 déc. 2014, n° 13-26.298 ; Cass. com., 28 sept. 2010, n° 09-66.255, Bull. civ. IV, n° 146, D. 2010, p. 2618, obs. Salomon R., D. Actu. 2290, obs. Lienhard A., D. 2011, p. 2760, obs. Lamazeroles E., Rev. sociétés 2011, p. 97, note Dondero B., RTD civ. 2010, p. 785, obs. Jourdain P., JCP E 2010, 2084, note Roussille M., JCP E 2011, 1000, obs. Deboissy F. et Wicker G., JCP 2010, 1177, note Benoît-Renaudin C., LPA 2010, n° 227, p. 3, obs. Gibirila D., Bull. Joly Sociétés 2010, p. 976, note Couret A., Gaz. Pal. 15 et 16 déc. 2010, p. 13, obs. Zattara-Gros C., Banque et droit 2010, n° 134, p. 52, obs. Storck M., RJDA 2011, n° 51, Dr. & patr. 2011, n° 203, p. 79, obs. Poracchia D.). De sorte que les tiers pourraient être fondés à agir en responsabilité personnelle contre des administrateurs s'il apparaît que la violation du devoir de vigilance dont il est question ici caractérise également une infraction pénale intentionnelle. En tout état de cause, il convient d'anticiper de la part de tiers de plus en plus attentifs des stratégies d'actions visant à la fois la responsabilité des dirigeants et celle de la société.

Par ailleurs, la violation du devoir de vigilance pourrait engager la responsabilité des administrateurs à l'égard de la société, par la voie d'une action *ut universi*, voire d'une action *ut singuli*. Notamment si cette faute a pu entraîner la condamnation de la société elle-même à une amende civile (qui peut aller jusqu'à 10 millions d'euros !) ou causer à sa réputation un préjudice considérable.

Quel régime de responsabilité ?

Il n'est pas inutile à ce stade de reprendre *in extenso* les termes du Code de commerce : « *Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* » (C. com., art. L. 225-251).

Bien que l'exposition au risque de faute de gestion ne puisse pas être totalement exclu (Blin-Francomme M.-P. et alii, Entreprise et développement durable, Lamy Axe Droit, 2011, § 189), le facteur d'exposition le plus probable qu'il convient d'anticiper résulte sans doute de l'infraction aux dispositions législatives et réglementaires, en ce compris l'obligation de reddition d'informations non-financières existante et *a fortiori* le dispositif de vigilance objet de la proposition de loi française.

C'est ici le lieu de rappeler que si la responsabilité des administrateurs peut être individuelle, elle peut également être solidaire (C. com., art. L. 225-251, al. 1). Tel est le cas si plusieurs administrateurs sont condamnés pénalement à raison des mêmes faits ou s'il est prouvé qu'ils ont commis une faute commune, qui peut ne pas être la même pour tous (Merle Ph., Sociétés commerciales, Dalloz, 17^e éd., 2014, n° 459).

Or, la proposition de loi renforce l'idée que c'est la responsabilité solidaire des dirigeants qui mérite la plus grande attention. Elle a donc une portée directe sur l'établissement de la responsabilité civile. Ce phénomène devrait s'amplifier alors que la directive en-

courage la diversité dans la composition des organes de gouvernance, permettant ainsi aux « *membres de ces organes d'exercer une critique constructive des décisions de la direction* » (Dir. PE et Cons. UE n° 2014/95, 22 oct. 2014, consid. 18). Elle s'en remet à la sagesse du juge saisi d'une demande de réparation d'un préjudice causé dans le périmètre du plan de vigilance. À lui d'apprécier les carences de vigilance alléguées et d'en tirer les conséquences. Ce fut le cas de l'arrêt *Erika*, les juges ayant qualifié le manquement à la procédure volontaire de *vetting* de faute de témérité (Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938, Bull. crim., n° 198). En insistant sur la responsabilité des organes d'administration (Malecki C., Publication de la directive RSE, ou comment faire confiance à la gouvernance d'entreprise durable, Bull. Joly Sociétés 2014, p. 732), le dispositif dessiné par la directive européenne est susceptible de produire les mêmes effets.

Une décision d'approbation inadaptée serait susceptible de constituer une faute, non seulement imputable à la société, mais susceptible d'entraîner la responsabilité solidaire des administrateurs, sauf pour chaque membre à exprimer sa désapprobation à l'égard de la décision prise. Une telle mesure de vigilance personnelle repose sur l'instauration d'une présomption de faute individuelle à la charge de chaque administrateur (*cf.*, notamment, depuis le célèbre arrêt *Crédit Martiniquais*, Cass. com., 30 mars 2010, n° 08-17.841, Bull. civ. IV, n° 69, D. 2010, p. 960, Lienhard A., D. 2010, p. 1678, note Dondero B., Bull. Joly Sociétés 2010, p. 533, note Raffray R., Rev. sociétés 2010, p. 304, note Le Cannu P., JCP E 2010, 1416, note Couret A.). Rappelons qu'un simple vote contre ne devrait pas être suffisant pour s'exonérer de la responsabilité mais qu'il convient que l'intéressé(e) ex-

prime explicitement sa désapprobation qui devra être consignée au procès-verbal (Merle Ph., Sociétés commerciales, Dalloz, 17^e éd., 2014, n° 459).

Observons au passage que la notion de **responsabilité collective** utilisée dans la directive (Dir. PE et Cons. UE n° 2014/95, 22 oct. 2014, art. 19 bis 1) ne crée pas une responsabilité nouvelle à côté de la responsabilité individuelle ou solidaire des administrateurs mais renvoie à la notion de faute commune ou collective largement reconnue.

Conclusion

Si certaines organisations pourront reprocher au texte français adopté en première lecture d'engager peu d'entreprises, plus contestable est de considérer qu'il engage peu. Le devoir de vigilance trouve ici une formule progressive dont toutes les parties prenantes attentives peuvent s'emparer. Sans pour autant les satisfaire toutes, les entreprises ne peuvent plus refuser de répondre à leurs attentes légitimes. Quand à la directive, sans pour autant utiliser le mot, elle exige elle aussi l'établissement d'un plan de vigilance effectif (tout en abaissant le seuil aux entreprises de plus de 500 salariés)...

La largesse du spectre d'interprétations, la disparité des perceptions et des attentes rendent périlleux l'exercice de ce devoir de vigilance élargi. Une seule certitude, le plan de vigilance idéal n'existe pas, mais pour s'en rapprocher, les entreprises vont devoir inventer une approche dont l'efficacité dépendra autant du respect du texte et de l'esprit des normes, que des attentes des parties prenantes. ■



Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable

Pourquoi le raisonnement juridique ne peut pas constituer un obstacle aux choix politiques



Par Sandra COSSART

Association SHERPA
Responsable du Programme
Globalisation et Droits Humains - RSE



Et Marie-Laure GUISLAIN

Association SHERPA
Responsable du contentieux
au sein du Programme Globalisation
et Droits humains - RSE

→ RLDA 5587

Sherpa est pionnière dès 2001 à travailler sur la notion de responsabilité des maisons mères et donneuses d'ordre pour l'activité de leurs filiales et de leurs sous-traitants à l'étranger.

Nous avons depuis longtemps identifié les difficultés qui résident dans le caractère transnational des groupes qui ne sont pas des sujets de droit international : chaque entité est soumise à une législation ou un système judiciaire différent alors que l'organisation économique répond à une logique de groupe.

Les violations de droits de l'homme sont commises aujourd'hui la plupart du temps par des acteurs économiques, qui sont pour certains devenus plus puissants que les États. Les esprits ont été marqués par des catastrophes telles que la marée noire de l'Erika, le drame de Bhopal ou l'effondrement du Rana Plaza. Pourtant, alors que les maisons mères ou donneuses d'ordre sont à l'origine des décisions prises au sein du groupe, et qu'elles récupèrent les bénéfices de toute leur chaîne de valeur, en cas de dommages graves causés par l'une des entités de leur groupe dans un pays donné, les maisons mères n'en seront pas responsables juridiquement.

La prévention de ces violations et leur réparation sont indispensables à la mise en place d'une économie responsable et durable. Le devoir de vigilance apparaît aujourd'hui comme vecteur d'une mutation nécessaire de la responsabilité sociétale des entreprises afin que ce concept de RSE puisse finalement être embrassé par le droit de la responsabilité.

I. – UNE LOI NÉCESSAIRE POUR RÉCONCILIER RÉALITÉ ÉCONOMIQUE ET RÉALITÉ JURIDIQUE

La dis-connexion entre la réalité économique d'un groupe de société et sa responsabilité juridique n'est plus acceptable dans un contexte de mondialisation, le droit doit prendre en compte et refléter cette nouvelle configuration économique.

L'instauration d'un principe de devoir de vigilance et de responsabilité ne peut plus être présentée comme un risque de frein à la compétitivité. Celle-ci ne se réduit pas au coût du travail et le lien vertueux entre bonnes relations avec les parties prenantes et crois-

sance de l'entreprise a été démontré par de nombreux économistes (Algan Y. et Cahuc P., *La société de défiance*, Éditions rue d'ULM 2007. Le prix Nobel d'économie Arrow K. avait établi le même constat dans le passé (*Gifts and exchanges*, *Philosophy and public affairs*, vol. 1, 1972, p. 343-362). Et à l'heure où les multinationales prétendent de plus en plus être les parrains du développement durable et où les consommateurs sont davantage encore amenés à choisir, elles ne peuvent baser leur modèle de croissance sur la violation de droits fondamentaux, fussent-ils ceux d'un autre pays que celui du siège social de l'entreprise.

Les évolutions récentes du cadre normatif international, aboutissant notamment aux Principes directeurs des Nations Unies, préconisent clairement la responsabilité des États d'origine des multinationales et leur enjoignent « de faire le nécessaire afin d'empêcher les atteintes qui seraient commises à l'étranger par des entreprises commerciales relevant de leur juridiction » (sous le Principe I.A.2., « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme » des Nations Unies).

Pourtant, en France, comme dans les autres pays d'origine, le législateur ne semblait pas, jusqu'au 30 mars dernier, avoir encore appréhendé les limites du cadre réglementaire existant. Les droits des sociétés n'ont pas évolué au même rythme que les échanges de biens et services favorisés par la levée des entraves au commerce international et n'appréhendent pas la catégorie générale des groupes de sociétés.

Le droit français des sociétés s'attache à conserver le principe d'autonomie juridique des sociétés composant un même groupe, qui fait obstacle à ce que les sociétés mères puissent être tenues responsables des violations des droits de l'homme commises par leurs filiales, alors même qu'elles les contrôlent. De même, la réalité des chaînes d'approvisionnement empêche d'engager la responsabilité des sociétés françaises donneuses d'ordre par rapport à leurs sous-traitants ou partenaires commerciaux, alors même qu'elles sont décisionnaires et ont une implication significative sur la façon dont ils exercent leurs activités.



Les dispositions sur le devoir de vigilance qui viennent d'être adoptées à l'Assemblée nationale s'inscrivent donc politiquement autour de la notion de durabilité des ressources, la vigilance étant entendue comme la somme des efforts que l'entreprise doit mettre en œuvre pour prévenir un dommage. En étant tenue de démontrer le respect de son devoir de vigilance, l'entreprise est davantage incitée à le prévoir et l'organiser.

La définition donnée par l'OCDE va dans ce sens : la diligence raisonnable est centrée sur les risques, elle est « *le processus qui, en tant que partie intégrante de leurs systèmes de prise de décisions et de gestion des risques, permet aux entreprises d'identifier, de prévenir et d'atténuer les incidences négatives, réelles ou potentielles, de leurs activités, ainsi que de rendre compte de la manière dont elles abordent cette question* » (Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises transnationales, commentaire sur les principes directeurs n° 14).

À travers cette proposition d'évolution législative sur le devoir de vigilance, - une première version (PPL1) déposée par la majorité présidentielle le 6 novembre 2013 et examinée le 29 janvier 2015 (Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n° 1519) puis une deuxième (PPL2) déposée le 11 février dernier et votée le 30 mars (Proposition de loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, n° 2578) - la France tente de respecter ses engagements internationaux, en transposant les principes de l'ONU en droit interne.

Elle répond par là même également pleinement aux recommandations de la Commission nationale consultative des droits de l'homme CNCDH, instance multipartite qui regrettait, dans un avis du 24 octobre 2013 CNCDH (Entreprises et droits de l'homme : avis sur les enjeux de l'application par la France des Principes directeurs des Nations unies ; Assemblée plénière), l'insuffisante prise en compte des risques relatifs aux droits de l'homme et recommandait « *une obligation légale de diligence raisonnable (due diligence) en matière de droits de l'homme aux entreprises pour leurs activités et celles de leurs filiales et partenaires commerciaux, en France comme à l'étranger* ».

En étant parmi les premiers pays à légiférer, elle encouragera les autres États à adopter des règles similaires pour obliger les acteurs économiques qui agissent sur leur territoire à respecter les droits humains dans toute leur chaîne de valeur.

II. – LA DIFFICILE GENÈSE D'UN DEVOIR DE VIGILANCE EN DROIT FRANÇAIS

En renvoyant en commission la PPL1, lors du vote en plénière le 29 janvier dernier à l'Assemblée nationale, les députés ont plié sous le poids du gouvernement et plus précisément du ministère de l'Économie et des Finances qui, tout en invoquant des arguments juridiques partiels, ne souhaitait pas voir instaurer un principe général de responsabilité, assorti d'une présomption de faute, pour les acteurs économiques en cas de dommages environnementaux et d'atteintes aux droits de l'homme.

Le fait de faire peser sur les entreprises la charge de la preuve de la faute a été jugé inconcevable, d'aucuns affirmant même, de manière erronée mais drapée d'une contestable autorité juridique, que cette présomption de faute était irrefragable. Cette présomption simple permettait en réalité de rééquilibrer les pouvoirs entre les sociétés mères toutes puissantes et les victimes potentielles de leurs impacts ; mais les vigoureuses pressions des organisations patronales

sur le gouvernement ont eu raison de l'alliance inédite intergroupes parlementaires qui avait prévalu dans la genèse de la PPL1.

La ténacité des députés porteurs de celle-ci et la pression d'une opinion publique toujours très mobilisée ont néanmoins permis d'obtenir, dans des délais extrêmement serrés, l'adoption en première lecture de la PPL2. Cette décision d'adoption s'est également appuyée sur une opinion publique particulièrement mobilisée : 3 Français sur 4 (76 %), toutes sensibilités politiques confondues, estiment que les multinationales françaises devraient être tenues responsables devant la justice des accidents graves provoqués par leurs filiales et sous-traitants (sondage de l'Institut CSA de Janvier 2015), et 180 000 personnes ont signé la pétition « *halte à l'impunité des multinationales* » (sur le site <www.avaaz.org>) Celle-ci instaure une obligation de mettre en œuvre et publier un plan de vigilance, créant ainsi une nouvelle obligation à la charge de l'entreprise, et constituant en cela une première avancée considérable.

En revanche, les associations de défense des droits de l'homme souhaitaient que le juge puisse demander la mise en œuvre dudit plan en cas de risque identifié, afin de prévenir un dommage imminent. Or, il n'est pas certain que la rédaction actuelle le permette puisqu'il n'est prévu que de demander à l'entreprise d'établir le plan de vigilance, de le publier et de rendre compte de sa mise en œuvre.

Par ailleurs, elle ne facilitera pas autant que nécessaire l'accès des victimes à la justice puisque ces dernières continueront à devoir prouver la faute de l'entreprise et le lien de causalité entre cette faute et le dommage qu'elles auront subi. Les associations regrettent également que la loi ne concerne que 125 des plus grosses entreprises françaises du fait des seuils fixés.

De même, la PPL1 devait permettre de renforcer la sécurité juridique pour tous les sujets de droit, qu'il s'agisse de l'entreprise ou de chacune de ses parties prenantes, en se référant à des termes connus du juge. L'exigence de prévisibilité de la loi n'est pas violée si des standards juridiques, c'est-à-dire des notions non spécifiquement définies, sont utilisés afin de permettre au droit de s'adapter aux changements de situation et notamment aux pratiques d'entreprise.

Les sociétés s'exposent actuellement à une jurisprudence fluctuante de responsabilité, comme en témoignent les arrêts *Venel*, *Total*, ou encore *Comilog*. Certaines entreprises l'ont compris et appellent à une telle sécurité juridique.

Or, il est difficile de dire si la PPL 2 permettra de renforcer cette sécurité dans la mesure où l'obligation de vigilance sera fixée par décret, dans des délais et sur un contenu plus qu'incertains ; il serait donc présomptueux de présager de la façon dont les juges pourront interpréter la mise en œuvre du devoir de vigilance, au vu des pouvoirs limités qui lui sont conférés dans l'article II. L'idée que le contenu du décret puisse être défini par la plateforme nationale pour la RSE n'augure pas non plus d'un résultat positif compte tenu des difficultés de cette dernière à produire du consensus.

Il faut espérer que ce renvoi au décret ne soit pas à un renvoi aux calendes grecques, résultat d'une stratégie des organisations patronales d'enterrer ce devoir de vigilance avant qu'il ne soit né.

III. – UNE OBLIGATION DE PRÉVENTION ESSENTIELLE NÉCESSITANT DES DISPOSITIONS EXPRESSES ET PRÉCISES

L'objectif d'une loi sur le devoir de vigilance était principalement d'éviter de nouvelles catastrophes causées par des acteurs écono-



miques. L'essence même du devoir de vigilance, tel que défini par les PDOCDE ou les principes de Ruggie, se trouve dans cette idée de prévention des dommages.

En outre, une définition d'un devoir de vigilance telle que développée par la loi existe aussi dans certains dispositifs légaux en France ou à l'étranger (par ex., C. mon. fin., art. L. 561-5). En Allemagne, la loi AEntG (*Arbeitnehmer-Entsendegesetz*) obéit à une surveillance du *dumping* social qui est d'ailleurs plus forte Outre-Rhin qu'en France. Un dispositif similaire existe aux États-Unis sur la construction des bâtiments, paiement des primes et droits sociaux auxquels ont droit les salariés des sous-traitants.

Dans la PPL1, cette obligation de prévenir les dommages était le cœur du dispositif. Il s'agissait d'une obligation raisonnable de moyen et non de résultat, puisque l'étendue du devoir de vigilance dépendait « des moyens et des pouvoirs » de l'entreprise.

Cette référence aux moyens et pouvoirs permettait aux entreprises d'être redevables de cette obligation à hauteur de leur capacité, dispensant ainsi le législateur de fixer un seuil arbitraire d'entreprises assujetties trop élevé tel que celui de la PPL2. Les moyens pouvaient être aussi bien matériels, humains, financiers et auraient été appréciés *in concreto* par le juge qui aurait pu se baser sur l'attitude du bon gestionnaire d'entreprise, à la manière du bon père de famille, au vu des pratiques courantes qui s'opèrent dans le secteur, comme lorsqu'il doit se prononcer sur le manquement du débiteur à une obligation de moyens. Ces termes faisaient logiquement écho aux termes employés dans le Code pénal en son article 121-3, alinéa 3, et donc connus par le juge.

La société peut avoir un pouvoir et des moyens pour exercer son devoir de vigilance sur un acteur qu'elle ne « contrôle pas » au sens du Code de commerce, autre qu'une filiale. Elle a par exemple le pouvoir d'exiger d'un cocontractant certaines conditions de respect de droits humains dans le contrat, et celui de le rompre en cas de non-respect de ces conditions.

Le droit français oblige déjà les sociétés donneuses d'ordre à un devoir de vigilance dans certains domaines, tels qu'en droit du travail, dans le cadre de la lutte contre le travail dissimulé. L'article L. 8222-1 du code du travail oblige le co-contractant à s'assurer que son partenaire ne dissimule pas de travail illégal. L'employeur devra activer son pouvoir de sanction sur le sous-traitant en cas de dissimulation en rompant ses relations contractuelles avec ce dernier, et il sera même solidairement responsable avec celui-ci.

Les termes « nécessaires et raisonnables » attachés au devoir de vigilance tel qu'il ressortait de la PPL1 sont courants en présence d'une obligation de moyen pesant sur un professionnel, en matière de responsabilité contractuelle, la jurisprudence cherchant dans cette hypothèse si le professionnel a fait tout ce qui était en son pouvoir pour éviter la survenance du dommage.

Ainsi, la PPL1 remplissait l'objectif premier d'une telle loi : exiger la prévention d'un dommage, et ce, de manière proportionnelle aux moyens et pouvoirs de l'entreprise.

Il n'en va pas de même pour la PPL2 et c'est en cela principalement que le projet de loi du gouvernement ne peut afficher les mêmes ambitions. S'il est précisé dans l'article I que le plan doit identifier les risques et permettre de prévenir les dommages, son contenu est remis à un décret, et le juge pourrait alors être dépossédé du pouvoir de vérifier la pertinence des mesures de diligence pour prévenir le dommage.

Même si la partie I de l'article I prévoit l'obligation de mise en œuvre effective du plan de vigilance, l'énumération des pouvoirs du juge dans la partie II de l'article laisse entendre que la liste est limitative, excluant ainsi le pouvoir d'exiger la prévention du dommage. Le juge pourrait enjoindre à la société « d'établir le plan, d'en assurer la communication au public et de rendre compte de sa mise en œuvre conformément au I », mais il n'est pas expressément prévu qu'en cas de non-respect du plan, et d'un risque identifié de dommage, il puisse en exiger sa mise en œuvre pour prévenir le dommage.

Cette liste limitative pourrait alors borner l'avancée considérable du devoir de vigilance à une obligation de *reporting* améliorée, ce qui n'était pas l'intention initiale du législateur mais celle du ministère de l'économie. Cette crainte de limitation est d'ailleurs renforcée par l'insertion du nouvel article L. 225-102-4 dans le code de commerce au sein du chapitre sur le *reporting* extra-financier.

IV. – L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DE L'ENTREPRISE RENDU DIFFICILE

La PPL1 instaurait un principe de prévention associé à un principe de responsabilité qui devait permettre une réelle indemnisation des victimes, grâce à la présomption de faute qui y était assortie. Il ne s'agissait nullement d'une présomption de responsabilité, comme le proclamaient les organisations patronales ; la responsabilité de la société dans la PPL1 n'était engagée que si celle-ci avait commis une faute.

Ce type de présomption ne peut être confondu avec une responsabilité objective qui ne nécessite pas la preuve d'une faute pour être mise en œuvre, et dont on ne peut s'exonérer généralement que par la force majeure. Cette présomption impliquait simplement un renversement de la charge de la preuve sur l'entreprise, présumée fautive – et non responsable –, si elle ne démontrait pas ne pas avoir commis de faute.

Praticiens du droit, nous constatons qu'il est déjà très compliqué pour une victime de prouver un dommage et de savoir quelles preuves collecter (telle qu'une pollution de son champ) pour une entreprise opérant dans son pays, et qu'il est donc quasiment impossible de pouvoir prouver en quoi la maison mère d'un pays lointain a contribué à ce dommage, du fait du lien qu'elle avait avec l'entreprise qui a causé le dommage.

Ce lien de contrôle de la maison mère sur sa filiale ou sous-traitant se prouve par un faisceau d'indices complexe, et l'organisation des groupes de sociétés est telle qu'il est difficile, voire impossible, d'accéder aux documents attestant de ces liens. L'opacité et la complexité des structures des multinationales se reflètent notamment à travers la structuration de leurs groupes, dont certains comme Total ont 903 filiales dans 130 pays, et ce dans des pays où le droit à l'information est rarement garanti.

Les sociétés mères ou donneuses d'ordre connaissent ou sont censées connaître les compétences, les moyens et pouvoirs de toutes les entités composant leur chaîne de valeur, et sont donc celles qui sont en mesure de démontrer qu'elles ont pris toutes les mesures nécessaires pour éviter un dommage, et qu'elles n'ont pas commis de faute. Ce renversement de la charge de la preuve n'est pas exceptionnel en droit. Les dispositions du règlement bois UE et le régime des produits défectueux par exemple prévoient un tel ren-



versement. En Angleterre le système de « *disclosure* » permet aussi de demander à la société d'apporter la preuve du respect de ses obligations. De plus, la notion de « *mesures nécessaires et raisonnablement en son pouvoir* » laissait une large marge de manœuvre à l'entreprise pour prouver qu'elle avait agi en bon gestionnaire.

Cette présomption permettait de résoudre le problème pratique principal des victimes et associations de victimes pour accéder à la justice en cas de dommage. Une loi qui instaurerait un principe de responsabilité d'une société mère ou donneuse d'ordre, sans instaurer de renversement de la charge de la preuve, reviendrait donc à retourner au *statu quo*.

Or là encore la PPL2 n'est pas claire. Dans l'article II sur la responsabilité de la société, il n'est pas fait expressément référence à un renversement de la charge de la preuve. Et si l'article I dispose que le juge peut demander à l'entreprise de « *rendre compte de sa mise en œuvre* », on peut craindre légitimement que cette expression réduise l'étendue de cette obligation à du *reporting* renforcé. En effet, s'agira-t-il pour l'entreprise de remettre uniquement un rapport de sa mise en œuvre, du type de ses rapports de développement durable, ou s'agira-t-il réellement de démontrer au juge, par tous moyens, qu'elle a mis en œuvre son obligation ?

L'emploi des termes « *démontrer* » ou « *justifier* » et une disposition sur le renversement de la charge de la preuve dans l'article II, tous deux rejetés lors du vote des amendements, auraient permis d'ôter tout doute sur ces points essentiels.

En outre, la PPL2 fait référence aux articles 1382 et 1383 du code civil en matière de responsabilité. Au-delà du manque de cohérence juridique du législateur de renvoyer dans le Code de commerce aux articles de la responsabilité civile de droit commun, ce renvoi est absurde puisque le justiciable peut avoir recours dans tous les cas au droit commun de la responsabilité sans qu'on ne l'y invite.

Cette référence est justifiée par la volonté du gouvernement, qui rejoint celle des multinationales françaises, d'empêcher tout recours à la responsabilité objective du type de l'article 1384 ou une responsabilité pénale, et de limiter le plus possible la possibilité de mise en œuvre de la responsabilité civile de la société mère ou donneuse d'ordre.

Les articles 1382 et 1383 exigent en effet des victimes la preuve non seulement d'une faute de la société mais aussi d'un lien de causalité entre la faute de la société mère et le dommage. Or, ce lien de causalité est, comme nous l'avons démontré, extrêmement difficile à prouver pour les victimes.

Dans la PPL1, la victime devait prouver que la faute de la société avait un lien avec son dommage, mais cette charge était allégée, puisque la société devait montrer qu'elle avait mis en place des mesures, précisément dans le but d'empêcher le dommage.

Dans la PPL2, le plan de vigilance prévoit certes des mesures qui devront empêcher la réalisation d'un dommage. Cependant, puisque la charge de la preuve n'est pas renversée, et que le législateur renvoie à la responsabilité pour faute, la victime devra prouver non seulement que la société n'a pas mis en place le plan de vigilance, mais en outre que cette faute a bien eu un lien de causalité avec son dommage.

Le renversement de la charge de la preuve, et la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité « *pour faute* » de la société, sans référence aux articles 1382 et 1383 aurait permis un allègement de la charge de la preuve du lien de causalité. Ce dernier serait établi

en amont, dans la détermination du plan de vigilance. La société devrait alors prouver qu'elle a bien mis en œuvre le plan. En cas de non-respect et de survenance d'un dommage, elle en serait responsable. La société pourrait néanmoins s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'elle a bien mis en œuvre le plan de vigilance.

La solution adéquate, pour assurer un réel accès à la justice des victimes et résoudre les obstacles décrits plus haut, serait de poser le principe d'une responsabilité solidaire de la maison mère ou donneuse d'ordre avec l'entité qui a causé directement le dommage. La société mère, solvable et située dans des systèmes juridiques efficaces, aurait à réparer le dommage avec la possibilité de se retourner contre l'entité à l'origine directe du dommage par la suite. Une telle responsabilité est connue du droit français et déjà instaurée envers les donneurs d'ordre qui n'auraient pas empêché le travail dissimulé d'un de leur sous-traitant. Ces amendements ont aussi été rejetés sous la pression des lobbyings patronaux.

Ces mêmes lobbys ont permis le rejet, par la PPL2, de l'inscription d'un devoir de vigilance dans le Code civil, l'obligation n'étant inscrite que dans le Code de commerce et dans un chapitre qui ne concerne que les actionnaires, à l'exclusion des autres parties prenantes, autrement dit des salariés, partenaires commerciaux et communautés affectées par l'activité de l'entreprise. L'insertion de cet article à la suite de l'article L. 210-9 aurait permis de viser l'ensemble des parties prenantes et des types de sociétés. L'insertion dans le Code pénal prévue par la PPL1 devait aussi inciter les entreprises à respecter leur obligation par crainte de la répression pénale, la dissuasion du juge pénal ayant toujours été un outil efficace. L'autre avantage significatif reposait sur un système d'établissement de preuves plus favorable qu'au civil.

V. – RESTRICTION DU NOMBRE D'ENTREPRISES CONCERNÉES PAR LA LOI ET PÉRIMÈTRE DE LEURS OBLIGATIONS : POUR UN DEVOIR DE VIGILANCE DE VITRINE ?

Sur les sociétés concernées par le devoir de vigilance :

La PPL1 portait création d'un article L. 233-41 dans un chapitre sur « *les filiales, les participations et sociétés contrôlées* », ce qui devait permettre de restreindre la cible aux grands groupes de sociétés. L'absence de référence à un seuil permettait par ailleurs d'adapter l'étendue de l'obligation des sociétés au cas par cas, selon leur taille, et avait également été choisie, afin de ne pas permettre aux holdings ou têtes de groupe, ne disposant souvent que de peu de salariés, d'échapper à leur responsabilité.

La PPL2 n'a pas pris en compte ces risques, et prévoit au contraire des seuils très élevés qui ne concerneraient que 125 sociétés (selon les données 2007 de l'INSEE). Rentrerait dans le champ d'application uniquement « *toute société qui emploie [...] au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales, directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes, dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger* ».

Il serait alors abusif pour le Gouvernement de dénommer la PPL2 « *la loi Rana Plaza* », alors même qu'elle est née de la volonté d'éviter de tel drame, puisqu'elle exclut de son champ d'application des entreprises comme Camaïeu dont les vêtements ont été retrouvés dans les décombres. Elle ne permettrait pas non plus d'inclure des groupes aussi importants que la pétrolière franco-britan-



nique Perenco, dont les ONGs dénoncent les graves dommages environnementaux et atteintes à l'intégrité physique des communautés riveraines, en RDC, Guatemala, Pérou ou Colombie.

L'engagement des députés de baisser les seuils aussi rapidement que possible est un aveu de la pression de Bercy sur ce point. Il est cependant regrettable d'avoir à attendre un nouveau drame pour que ces seuils puissent être revus à la baisse.

Le législateur, contraint de fixer un seuil, aurait dû *a minima* accepter les amendements proposant d'utiliser, dans un souci de cohérence du Code de commerce, les seuils du *reporting* extra financier (sociétés dont « le total du bilan est supérieur à 20 millions d'euros ou dont le chiffre d'affaires net dépasse 40 millions d'euros et dont le nombre moyen de salariés permanents employés au cours de l'exercice est au moins de 500 »), en y ajoutant au besoin le même principe d'application dans le temps selon la taille de l'entreprise. Enfin, valider l'amendement proposant de remplacer dans l'article L. 227-1 du code de commerce la référence L. 225-102-2, par L. 225-102, aurait permis aux SAS d'être incluses dans le dispositif.

Sur le périmètre d'application du devoir de vigilance :

Les actes des entreprises se répercutent tout au long d'une chaîne mondialisée ; le *World Investment Report 2014* (United Nations Conference on trade and development, World Investment Report 2014) de l'OCDE développe clairement cette notion. Les entreprises multinationales fonctionnent avec divers sous-traitants et fournisseurs, se déchargeant souvent de leurs responsabilités par la multiplication de ce type de contrats, leur impunité en sortant renforcée. Les expériences tragiques de l'effondrement de l'usine du Rana Plaza au Bangladesh dans laquelle Auchan confectionnait ses vêtements et du travail forcé imposé par Vinci aux migrants qu'elle emploie pour ses constructions au Qatar en sont des exemples.

Le périmètre du devoir de vigilance doit alors impérativement inclure aussi bien les filiales que les sous-traitants et fournisseurs des sociétés concernées. Si les deux textes l'ont compris, la PPL2 pourrait être à nouveau trop restrictive.

La PPL1 prenait en considération le régime juridique de la sous-traitance issu de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 ; elle devait contribuer à renforcer une sous-traitance juste et permettre d'éviter les chaînes de sous-traitance en cascade et incontrôlée. Du fait de l'obligation de moyen, une société donneuse d'ordre n'était donc pas systématiquement responsable pour toutes ses filiales ou sous-traitants, et permettait *in fine* au juge une plus grande précision et équité quant à la détermination de l'étendue de la responsabilité au cas par cas, en fonction des moyens et des pouvoirs de la société sur ses sous-traitants.

La PPL2 restreint au contraire le type de sous-traitants et fournisseurs sur lesquels porterait le devoir de vigilance à ceux avec qui la société a une « *relation commerciale établie* ». Pour transposer au mieux les textes internationaux de l'ONU et de l'OCDE et coller à la réalité économique, la notion de « *relation d'affaire* » aurait dû être privilégiée, mais elle a également été rejetée lors du vote des amendements.

Les députés ont souligné leur volonté que tous les sous-traitants soient inclus dans cette formulation, mais il reste, pour la doctrine (Grall J.-C., Rupture brutale de relations commerciales établies : vers un renouveau dans l'appréciation de la brutalité de la rupture ?, RLC 2013/35, n° 2276 ; Kouchnir-Cargill N., Rupture brutale des relations commerciales : la notion de relation établie sujette à interprétation, RLDA 2012/73,

n° 4136), des zones d'ombre dans l'interprétation de la notion, visée à l'article L. 422-6 du code de commerce. La définition donnée par Dominique Potier de « *relation durable dont chaque partenaire peut raisonnablement anticiper la poursuite pour l'avenir* » exclut les cocontractants occasionnels, même lorsqu'il s'agit de commandes extrêmement importantes.

Les sous-traitants d'Auchan ou Camaïeu au Rana Plaza seraient ainsi exclus du champ d'application de la loi, alors même que l'objectif initial de la loi était de les appréhender. Lorsqu'une entreprise ne contracte qu'une fois avec un sous-traitant, mais lui passe commande, à l'instar d'Auchan, d'un million de produits au minimum, et exige alors un rythme soutenu de production et des prix extrêmement bas, elle devrait pouvoir rendre compte des dommages engendrés par de telles conditions de production.

Viser uniquement les principaux sous-traitants encouragerait une dilution à outrance de la chaîne de valeur des multinationales afin de s'exonérer de leur responsabilité, et davantage de « *dumping légal* ».

La justification des grandes entreprises alléguant l'impossibilité pour elles de contrôler toute leur chaîne de valeur est un argument économique qui devient inaudible face à la volonté politique de réguler la mondialisation ; une diminution du nombre d'acteurs impliqués dans la chaîne pour mieux connaître et contrôler les conditions de production est possible, et permettrait en outre une meilleure traçabilité pour le consommateur, jusqu'en bout de chaîne.

Dans cette même logique, la notion de « *contrôle* » au sens de l'article L. 233-16 est trop restrictive pour viser le pouvoir qu'une société pourrait avoir sur une autre, d'autant plus que le contrôle est extrêmement difficile à prouver par un faisceau d'indices, alors même que la victime n'a bien souvent accès à aucun de ces indices. La notion de « *contrôle* » devrait ainsi être exclue de la loi et lui préférer la notion d'implications directes ou indirectes, dans le cadre d'activité économique ou commerciale, qui reflètent mieux la réalité des groupes de sociétés, puisqu'elles visent aussi bien les relations capitalistiques (au sens de l'article L. 233-1 et suivants du code de commerce) que conventionnelles (relations de sous-traitance) ; les relations capitalistiques n'étant pas limitées à la simple existence de filiales mais étant également étendues aux cas particuliers de prise de participation ou de contrôle de fait sur une autre entité juridique.

Créer une définition du groupe de sociétés plutôt que de faire référence à ce contrôle direct ou indirect ne résoudrait pas non plus le problème de la chaîne de valeur des sociétés et encouragerait le contournement des règles qui s'appliquent au groupe, en multipliant les contrats avec des acteurs (sous-traitants, fournisseurs) ne faisant pas partie de ce groupe.

En tout état de cause, il faut espérer que le juge permette, comme l'indique *a priori* la loi, que le devoir de vigilance s'étende dans certains cas aux sociétés contrôlées indirectement, et qu'elles puissent demander à la société la preuve de ce contrôle.

Par ailleurs, un autre paramètre définit le périmètre du devoir de vigilance : les types de dommages que doit empêcher la société. Les deux textes à cet égard limitent le périmètre du devoir de vigilance de façon raisonnable aux dommages ou risques de dommages touchant à des domaines fondamentaux tels que l'environnement, le sanitaire et les droits de l'homme et libertés fondamentales, choisis suite à l'observation des violations les plus graves et les plus fréquentes recensées.

Tous deux visent par ailleurs l'identification du risque puisque l'objectif de la loi réside aussi dans la prévention ; la société doit donc pouvoir être tenue responsable d'un risque avéré de dommages qui subsiste, même si ce dommage ne survient pas.

La seule différence des deux textes réside dans la dénomination : alors que la PPL1 visait les « *droits fondamentaux* », en référence à la charte européenne, la PPL2 vise les « *droits de l'homme, libertés fondamentales, et les dommages corporels* ».

Le juge sera compétent pour interpréter ces catégories de droits avec lesquelles il est familier. Elles regroupent les droits de première génération (droit de propriété, liberté physique, droit à ne pas être arbitrairement arrêté...), de seconde génération (droit au travail, à l'accès aux soins, à l'éducation ...), et de troisième génération (environnement, bioéthiques ...).

La PPL1 avait fait l'objet de critique quant à l'imprécision du terme « *droits fondamentaux* ». Or force est de constater que le droit français fait référence à des standards juridiques tels que les notions de « *faute* » ou de « *dommage* » sans en faire une liste exhaustive. Le fait que les dommages ne soient pas limitativement énumérés dans le Code civil n'est pas contraire à nos principes. Il ne pouvait donc être tiré de cet argument une absence de clarté ou de lisibilité du texte. Le législateur a d'ailleurs repris à son compte dans la PPL2 des termes également génériques pour viser les droits les plus essentiels, sans en faire une énumération.

VI. – LES QUESTIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ : FAUX OBSTACLE À DES OBLIGATIONS EXTRA TERRITORIALES

Les premières critiques de la PPL1 portaient en outre sur le terrain du droit international privé (DIP), prétendant que les règles en la matière ne permettraient pas au juge d'être compétent ou que si d'aventure il se déclarait compétent, alors il ne pourrait pas appliquer la loi française.

Aujourd'hui la question du DIP n'est plus un argument utilisé pour rejeter le devoir de vigilance. Le législateur français peut parfaitement légiférer sur les obligations qui incomberaient aux entreprises dont le siège est sur son territoire.

Il n'y a aucun obstacle juridique à la compétence des juridictions françaises puisque le juge français est compétent dès lors que l'on envisage la responsabilité d'une personne morale dont le siège est en France (article 2 du règlement dit Bruxelles I, UE n° 44/2001, règle maintenue dans le règlement UE du 12 décembre 2012, dit Bruxelles I refondu).

Quant à la loi applicable, plusieurs techniques permettent d'envisager l'application du droit français, siège de la maison-mère ou du donneur d'ordre, du fait des exceptions prévues par l'article 4 du règlement UE Rome II (règlement Rome II du 11 juillet 2007) fixant les règles générales de conflits de lois. Par exemple, lorsqu'il y a une multiplicité des lieux de commission de faits générateurs, il faut rechercher « *le pays qui présentait les liens les plus étroits avec le fait dommageable* » (Cass. 1^{re} civ., 11 mai 1999, n° 97-13.972, Bull. civ. I, n° 153, Mobil North Sea).

La méthode développée par la Cour de cassation autour du principe de proximité permet d'envisager l'application de la loi française sur la question précise de la responsabilité de la maison-mère. Le lieu du centre décisionnel a pu être considéré comme le plus révélateur de la loi applicable, en tant que « *loi présentant les liens les plus étroits avec le litige* ». Ce même raisonnement pourrait ser-

vir à l'interprétation de la clause d'exception sur les liens les plus étroits prévue par l'article 4, paragraphe 3, du règlement Rome II.

En tout état de cause en matière d'atteinte à l'environnement, l'article 7 du règlement Rome II prévoit que la victime dispose d'une option entre la loi du lieu du fait générateur et du lieu où le dommage survient. Le fait générateur du dommage visé est bien l'inexécution d'une obligation de vigilance, et il est localisé au siège de la société mère ou du donneur d'ordre.

Sur les considérations de loi de police ou encore de loi d'application immédiate (règlement Rome II, art. 16) et d'ordre public international (règlement Rome II, art. 26), il est possible également de prévoir des règles visant justement les opérateurs économiques ayant leur siège en France lorsqu'ils agissent à l'étranger. En effet, la loi de police écarte l'étape de la recherche de la loi applicable par la localisation de l'élément de rattachement : il s'agit d'un choix de politiques et peut émaner du législateur comme du juge.

Or il existe dans la PPL2 des indices de ce qui pourrait être considéré comme une loi de police, notamment à travers l'utilisation de l'amende. Il est utile de voir à ce propos, par exemple, les débats autour de la qualification de loi de police de l'article L. 442-6 du code de commerce qui prévoit une amende civile de 2 millions en cas de rupture de relation commerciale établie (Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, n° 07-15.823, Bull. civ. I, n° 233).

Par ailleurs, si la loi étrangère applicable ne permet pas l'indemnisation juste et équitable des victimes, elle pourrait être considérée comme contraire à l'ordre public international pour assurer la protection des valeurs essentielles de la société française, notamment celles qui sont défendues dans des règles de valeur supérieure de notre bloc de constitutionnalité ou conventions internationales.

Si les députés ont compris ces différentes options permettant l'application de la loi française, contournant ainsi les éventuels obstacles de DIP, ils auraient pu là encore prévoir une disposition qui permette expressément l'application de cette loi. En ce sens, il est regrettable de noter le rejet de l'amendement proposant de rédiger ainsi l'alinéa 3 de l'article II : « *L'action en responsabilité est introduite devant la juridiction compétente par toute personne mentionnée au II de l'article L. 225-102-4 du présent code quel que soit le lieu de réalisation du dommage et du fait générateur* », ce qui aurait permis de faire de cette loi une loi de police de façon plus claire.

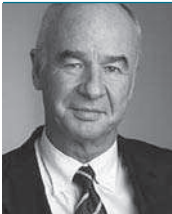
* *

S'il faut se réjouir du consensus trouvé récemment sur le besoin d'un texte sur le devoir de vigilance des multinationales envers leurs filiales et sous-traitants à l'étranger, et souligner les efforts des députés qui ont permis ce vote historique en première lecture de la PPL2, il faut être plus vigilants que jamais pour éviter que ce texte ne soit réduit à une obligation de *reporting* améliorée lors du vote par le Sénat et la possible navette parlementaire. Si le Gouvernement veut tenir ses promesses et engagements internationaux, s'il veut remplir son objectif premier de responsabilisation effective des multinationales pour éviter de nouvelles catastrophes, la PPL2 doit être rapidement mise à l'agenda du Sénat et devra être amendée pour en renforcer l'efficacité.

Les acquis du vote en première lecture ne sont donc pas gagnés, et le chemin est encore plus long avant que le décret d'application prévu ne soit publié. La France doit donc en faire une priorité, afin d'entraîner dans son sillage les autres pays européens, comme elle l'a fait pour le *reporting* extra-financier, et la lutte contre les paradis fiscaux, et favoriser l'adoption du traité international sur les entreprises et les droits humains en cours de discussion à l'ONU. ■



Les mesures de vigilance du secteur extractif



Par Stéphane BRABANT

Avocat associé - Herbert Smith Freehills
Paris LLP



Et Nicolas HEURZEAU

Avocat of counsel - Herbert Smith Freehills
Paris LLP

→ RLDA 5588

1. À l'heure où le Parlement examine une proposition de loi visant à imposer aux plus grandes entreprises françaises la mise en œuvre d'un plan de vigilance, un nombre croissant d'entreprises se voit reprocher des atteintes aux droits de l'homme.

Ainsi, même si l'État garde son obligation première de protéger et de respecter les droits de l'homme, l'obligation pour les entreprises de respecter les droits de l'homme internationalement reconnus, tels que ceux-ci sont définis dans le principe 12 des principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme (les « *Principes Directeurs* »), est devenue un sujet d'actualité et on peut penser qu'elle le sera de plus en plus.

2. Face à cette nouvelle exigence s'imposant à toutes les entreprises, il est intéressant d'examiner les mesures de vigilance en vue du respect de l'environnement, des populations locales et des droits de l'homme mises en œuvre par les industries extractives, pionnières dans ce domaine.

L'association mondiale d'étude des questions environnementales et sociales du secteur pétrolier et gazier (IPIECA) a ainsi célébré ses quarante et un ans et depuis une quinzaine d'années, le Conseil International des Mines et Métaux (ICMM) a adopté des principes et positions pour promouvoir un développement durable. Le secteur extractif a aussi été moteur dans l'adoption des principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme (« *PVSDH* ») et de transparence (ITIE).

3. Ces industries exploitant les ressources minérales et construisant et exploitant les infrastructures associées satisfont des besoins essentiels, notamment pour les industries en aval, mais peuvent avoir des impacts négatifs importants, notamment pour l'environnement, la santé ou l'eau potable.

De nombreux droits de l'homme peuvent aussi être affectés par les projets extractifs. Ainsi, une réinstallation mal conduite pourrait porter atteinte non seulement aux droits de propriété et à un niveau de vie suffisant des familles déplacées, mais également aux droits à la vie, à la santé ou à l'éducation de leurs enfants. On peut aussi mentionner, par exemple, des risques de discrimination au travail ou liés au comportement de forces de sécurité.

4. Or, l'absence d'acceptation sociale d'un projet par les parties prenantes et en particulier, les populations locales et la société civile (*social license to operate*) peut générer des coûts supplémen-

taires et des retards importants, voire suspendre les revenus du projet et donc sa capacité à rembourser les financements obtenus pour sa réalisation.

Ce risque, important pendant toute la durée du projet, a ainsi été identifié comme le troisième principal risque pour le secteur des mines et métaux. Des études ont aussi démontré l'importance du coût des conflits avec les communautés (Davis R. and Franks D., *Costs of Company-Community Conflict in the Extractive Sector*, 2012).

Obtenir et maintenir l'acceptation sociale d'un projet est donc indispensable pour son financement, son développement et son exploitation.

5. Sous la pression des établissements financiers et des exigences croissantes des parties prenantes, les entreprises extractives ont développé un ensemble de bonnes pratiques et, pour certaines, réalisé des progrès significatifs dans le respect des droits de l'homme.

6. Mais le secteur extractif demeure concerné par de nombreuses atteintes aux droits de l'homme. Des progrès restent donc nécessaires, notamment en raison de l'accroissement des risques pour les entreprises (I).

Le respect des droits de l'homme, de l'environnement et des populations étant devenu une nécessité pour la protection de leurs investissements, les entreprises doivent donc mettre en œuvre des mesures de vigilance appropriées (II) qui sont, pour elles, un investissement nécessaire (III).

I. – DES RISQUES CROISSANTS ET DES SANCTIONS IMPORTANTES POUR LES ENTREPRISES

7. Les risques associés au non-respect des droits de l'homme sont une préoccupation croissante pour les entreprises extractives. L'augmentation de ces risques peut être expliquée par plusieurs phénomènes :

- À l'ère de l'information mondialisée, une crise peut être connue du monde en quelques minutes. La société civile et les médias contrôlent les entreprises, les ONG surveillant le respect par celles-ci de leurs engagements et publiant régulièrement des rapports sur leurs activités ;

- L'élargissement du périmètre du droit : si les principes de droit « souple » (*soft law*) ne sont pas, en principe, juridiquement contraignants, leur respect est devenu, en pratique, obligatoire pour les entreprises pour assurer la sécurité à long terme de leurs projets et permettre leur financement (Principes de l'Equateur renvoyant aux normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale de la Société Financière Internationale [« SFI »]).

Ces principes tendent désormais à devenir juridiquement contraignants à la suite de leur incorporation croissante dans les lois des États hôtes et les contrats conclus avec eux (*hard law*).

On peut citer, pour illustrer cette tendance, les codes miniers récemment adoptés en Afrique de l'Ouest, transposant la directive de la CEDEAO du 27 mai 2009 portant sur l'harmonisation des principes directeurs et des politiques dans le secteur minier et imposant aux titulaires de titres miniers des obligations de respect des droits de l'homme et des communautés locales susceptibles de sanctions en cas de manquement.

De nombreux États ont aussi adopté des lois ou réglementations pour protéger les droits des peuples autochtones et des communautés locales, réguler la réinstallation involontaire des personnes déplacées ou favoriser le développement durable.

Les conventions récentes conclues entre les États hôtes et les investisseurs et le modèle de convention d'exploitation minière de l'*International Bar Association* (« IBA ») (MMDA 1.0) illustrent aussi cette tendance en prévoyant une obligation de respect des droits de l'homme et des normes de performance de la SFI lorsqu'elles sont plus exigeantes que le droit local.

Si la qualification de *soft law* de ces principes peut donc être nuancée, les sanctions pour les entreprises liées à leur non-respect n'ont, elles, rien de souples (« *soft law but hard sanctions* ») ;

- Outre l'accroissement des standards internationaux applicables aux projets, certains États d'origine des investisseurs augmentent aussi leurs exigences en matière de droits de l'homme, de RSE, de lutte contre la corruption et les minerais de conflits, de transparence des flux financiers ou de *reporting* extra financier.

Cette évolution est générale, des directives applicables aux entreprises minières chinoises opérant à l'étranger ayant été adoptées fin 2014 ;

- L'augmentation des poursuites judiciaires, civiles et pénales, nationales et internationales, contre les entreprises et des procédures dans le cadre de mécanismes non judiciaires (de l'OCDE et de la SFI, notamment).

Les actions visant à une reconnaissance de la responsabilité des sociétés mères pour les atteintes aux droits de l'homme commises par leurs filiales, voire leurs contractants et sous-traitants, illustrent les tentatives en vue d'une progressive extraterritorialité et remise en cause du voile de la personnalité juridique et la prise en compte grandissante de la notion de groupe de sociétés.

Ces évolutions rapides, notamment aux États-Unis et dans l'Union européenne, doivent être suivies de près par les entreprises pour s'y adapter ;

- La reconnaissance croissante d'un effet juridique des engagements volontaires des entreprises : la Cour de cassation a reconnu que le non-respect de ces engagements pouvait parfois entraîner la responsabilité civile, voire pénale, de l'entreprise (Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938, Bull. crim., n° 198). Si ces engagements ne sont pas systématiquement jugés comme étant contraignants (CA Versailles, 22 mars 2013, n° RG : 11/05331, Association France Palestine solidarité « afps » c/ société Alstom transport SA), les entreprises devraient faire preuve d'une grande prudence ; et
- L'utilisation croissante des droits de l'homme par les États comme moyen de défense dans les arbitrages internationaux en matière d'investissements.

Cette tendance va se poursuivre. Les entreprises doivent donc s'adapter, d'autant que les risques et sanctions sont très importants.

8. Le mécontentement des communautés affectées peut en effet s'avérer extrêmement coûteux.

Des projets extractifs et d'infrastructures ont ainsi subi des dépassements de coûts importants en raison des retards résultant de l'opposition de communautés et il est estimé que la moitié des risques des projets concernant les hydrocarbures sont non techniques et liés aux parties prenantes. Les entreprises ne peuvent donc les ignorer.

9. Parmi les risques, pour l'entreprise, liés au non-respect des droits de l'homme, on peut notamment mentionner :

- Les risques de sécurité pour son personnel et les communautés ;
- La perte d'acceptation sociale du projet et les coûts importants des conflits avec les communautés qui peuvent entraîner des risques opérationnels (perturbations, grèves, dégradations), des conséquences juridiques et financières y étant associées (retards, frais d'immobilisation, etc.), voire, dans les cas les plus sérieux, la perte de l'investissement ;
- La perte d'accès au financement, face aux craintes croissantes des établissements financiers d'allégations de complicité de violation des droits de l'homme : le respect des Principes de l'Equateur est, en pratique, une condition du financement des projets (bancabilité), des manquements graves à ces principes pouvant entraîner un refus de financement ou de décaissement, voire, s'ils perdurent, une résiliation de prêt et un remboursement anticipé ;
- Les sanctions administratives : retrait de titres ou suspension de travaux.

On peut aussi mentionner d'autres sanctions liées à la non-conformité (sanctions financières pour retard ou résiliation des contrats) et les risques accrus de renégociation de conventions imposée par les États, les enjeux environnementaux et sociaux pouvant être utilisés comme un moyen de pression à cet effet ;

- Les risques pour la réputation de l'entreprise et les dommages collatéraux pour ses investisseurs et actionnaires (impact sur le prix des actions et la future vente du projet) ainsi que la sanction des marchés financiers (désinvestissements) et la possible



perte d'employés. Ces risques concernent aussi les entreprises juniors d'exploration ; et

- Le risque pour les dirigeants d'entreprises de voir leur responsabilité engagée pour non-respect de normes applicables. Des ONG ont même initié récemment des actions devant la Cour Pénale Internationale contre des personnes physiques dirigeantes de multinationales accusées de complicité de violations de droits de l'homme d'une particulière gravité.

10. Ces risques qui ne sont pas théoriques se sont révélés extrêmement coûteux pour plusieurs entreprises et ont pu empêcher certaines cessions de projets. Ils justifient la nécessaire mise en œuvre de mesures de vigilance pour prévenir ces risques.

Il est en effet possible pour les entreprises de se protéger efficacement en mettant en œuvre une méthodologie appropriée.

II. – DES MESURES DE VIGILANCE À TITRE PRÉVENTIF

11. Si les entreprises extractives sont généralement favorables aux objectifs des standards internationalement reconnus, tels que les Principes Directeurs, ceux-ci ne sont pas encore parfaitement appliqués sur le terrain.

Or, il faut rappeler que la réalisation de projets de développement communautaires dans les domaines de l'éducation ou de la santé n'est pas suffisante pour compenser des atteintes aux droits de l'homme.

A. – Approche proactive pour minimiser les risques

12. Parmi les mesures de vigilance à mettre en œuvre, les entreprises doivent adopter une approche proactive, pour anticiper et éviter les crises et extrêmement prudente en veillant à être irréprochables.

Ceci nécessite une prise de conscience par l'entreprise de sa responsabilité et des impacts du projet.

L'entreprise doit ainsi éviter d'adopter une vision à court terme en se reposant sur l'État hôte ou ses contractants sans mettre en œuvre des contrôles appropriés. Si des erreurs sont commises, c'est en effet l'entreprise qui supportera, en pratique, l'essentiel des coûts liés à ces erreurs.

13. La mise en place d'une politique de respect des droits de l'homme et la sensibilisation des différents départements de l'entreprise concernant les obligations de l'entreprise et les risques du projet peuvent contribuer à leur meilleure prise en compte.

14. L'entreprise doit anticiper les risques potentiels du projet pour l'environnement, les populations et les droits de l'homme pour les identifier, les évaluer et les traiter le plus tôt possible, idéalement dès la phase de conception du projet.

15. Ensuite et avant d'aller au-delà, il est nécessaire que l'entreprise respecte strictement le droit applicable.

L'entreprise devra, pour cela, identifier les normes applicables au projet, y compris en matière de droits de l'homme, ceux-ci n'étant pas une zone de non-droit. Cela peut être complexe dans certains pays en développement. Une phase de *due diligence* approfondie est donc indispensable (« *Dig the law before you dig the ground* »).

16. Une fois ces normes identifiées, l'entreprise devra mettre en œuvre une stratégie de stricte conformité (*compliance*) avec (i) les lois et réglementations applicables, notamment de l'État hôte et de l'État d'origine de l'investisseur, (ii) les engagements pris envers les parties prenantes, notamment l'État et les communautés locales et (iii) les standards internationaux applicables.

Au-delà du nécessaire respect du droit local, il est en effet prudent que les entreprises respectent les nombreux standards et guides de bonnes pratiques qu'elles devraient utiliser comme références pour minimiser leurs impacts et les risques associés.

Outre les Principes Directeurs, les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales et les normes de performance de la SFI et des autres institutions financières concernées, on peut mentionner notamment les principes pour l'investissement responsable et les contrats responsables (*Principles for Responsible Investment* et *Principles for Responsible Contracts*), les PVSDH, les recommandations des industries concernées concernant les meilleures pratiques, les directives volontaires pour une gouvernance responsable des régimes fonciers applicables aux terres, aux pêches et aux forêts dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale, les standards adoptés par les institutions du continent concerné par le projet ou le guide sur les droits de l'homme dans le secteur pétrolier et gazier publié en 2013 par l'Union européenne.

Mise en place du cadre juridique du projet

17. Il est prudent d'anticiper, lors de la mise en place de ce cadre juridique, les risques environnementaux, sociaux et politiques du projet pour les traiter dans la documentation de projet, de financement et d'assurance.

Au stade du financement puis de la conduite du projet, l'implication d'institutions financières internationales ou de développement pourra contribuer à minimiser certains risques.

Les contrats conclus avec les États pourront notamment s'inspirer des principes des contrats responsables en portant une attention particulière aux clauses de stabilisation pour permettre des évolutions concernant les droits de l'homme et l'environnement.

Au-delà des clauses indispensables à la protection de leurs investissements, les entreprises devraient veiller à conclure avec les États des contrats équilibrés permettant d'atteindre un objectif de juste partage des profits entre les parties prenantes pour favoriser la durabilité du projet. L'utilisation partagée des infrastructures construites pour le projet peut être envisagée.

Il est aussi nécessaire d'insérer dans les contrats conclus avec les contractants de l'entreprise des engagements de respect des droits de l'homme et recommandé de conclure des accords de développement local avec les communautés affectées. Certaines lois l'imposent d'ailleurs (Article 130 du nouveau code minier guinéen).

Mise en œuvre du projet

18. L'investisseur devra éviter tout acte de corruption ou fait comparable qui, outre le risque pénal, peut entraîner une remise en question de la validité du titre minier et l'absence de protection de l'investisseur en arbitrage international.

19. Pour minimiser les risques liés à leurs projets, les entreprises doivent développer d'excellentes relations avec les parties pre-



nantes (notamment les communautés locales, la société civile et l'État) pour établir un partenariat durable et un dialogue constant avec elles.

20. L'entreprise doit notamment respecter, dès le début du projet :

- Les droits de l'homme (cf., notamment, les principes 11 à 24 des Principes Directeurs).

L'entreprise doit ainsi évaluer, avec une diligence raisonnable, les impacts du projet sur les droits de l'homme, éviter les atteintes à ces droits qu'elle pourrait causer, auxquelles elle pourrait contribuer ou être liée et, lorsqu'il n'est pas possible de les éviter, les minimiser et les réparer rapidement.

Ces sujets devraient être analysés en complément des études d'impact environnemental et social. L'entreprise devrait notamment considérer les risques liés à sa chaîne d'approvisionnement et faire tout son possible pour éviter les atteintes aux droits de l'homme dans sa sphère d'influence.

Ainsi, même si l'entreprise est minoritaire dans un projet conduit par ses partenaires, elle devrait utiliser son influence (*leverage*) pour prévenir les atteintes aux droits de l'homme. Cela peut être complexe, notamment quand on s'éloigne dans la chaîne d'approvisionnement, mais l'entreprise devrait y être vigilante pour minimiser les risques associés.

S'il existe des différences ou contrariétés entre le droit applicable et les principes internationaux en matière de droits de l'homme, l'entreprise devrait identifier comment respecter ces principes s'ils sont plus protecteurs que le droit applicable.

L'entreprise devrait enfin communiquer sur la mise en œuvre de sa politique de respect des droits de l'homme. Des normes récentes imposent ainsi aux grandes entreprises la publication de rapports en matière de RSE ;

- Les droits des personnes et communautés affectées et notamment leur droit au consentement libre, préalable et éclairé (*free, prior and informed consent*), particulièrement important en Afrique où il concerne toutes les communautés affectées (et non les seuls peuples autochtones) et est un processus continu pendant toute la durée du projet ;
- Les droits des femmes, des peuples autochtones et des groupes identifiés comme vulnérables ; et
- Les meilleures pratiques pour l'occupation des terres, la réinstallation involontaire des personnes déplacées et le rétablissement de leurs moyens de subsistance, le contenu local (*local content*), la protection du patrimoine culturel et en matière de sécurité et de droits de l'homme, notamment lorsque des interactions avec des forces de sécurité sont nécessaires et que des moyens sont mis à leur disposition par l'entreprise.

21. L'entreprise devrait aussi s'assurer que ses contractants et sous-traitants mettent effectivement en œuvre des principes équivalents, un défaut de contrôle effectif par l'entreprise pouvant constituer un risque important pour le projet. La réalisation d'audits réguliers sur la chaîne d'approvisionnement est donc recommandée.

22. L'entreprise devrait en outre :

- Adopter une stratégie de communication adaptée prenant notamment garde aux engagements pris et à leur respect ;
- Organiser des audits indépendants pour mesurer sa performance et mettre en œuvre rapidement des mesures correctives ;
- Mettre en place un mécanisme performant de traitement des plaintes des personnes affectées permettant d'éviter ces plaintes et une réparation rapide. Une analyse des plaintes sera utile pour éviter leur renouvellement ; et
- Établir et conserver une documentation appropriée permettant de répondre, le cas échéant, aux critiques.

23. La mise en place d'une telle stratégie contribuera à prévenir les situations de crises mais il est aussi recommandé d'organiser une capacité de réaction rapide pour gérer au mieux celles qui ne pourraient être évitées.

24. Ces mesures ne sont pas limitatives. Les entreprises peuvent, par exemple, contrôler leurs performances avec des indicateurs statistiques, adhérer à des mécanismes de certification ou créer des impacts positifs pour les populations locales en réalisant, en concertation avec elles, des projets de développement.

25. La mise en œuvre d'une telle stratégie pourra s'avérer très utile pour démontrer, en cas d'allégations contre l'entreprise ou de contentieux, que l'entreprise n'a pas manqué à son devoir de vigilance ni commis de faute.

Prise de participation et construction

26. L'entreprise acquérant une participation dans une société titulaire d'un actif acquerra, le cas échéant, une part des risques et responsabilités si un passif environnemental, social, foncier ou de violation des droits de l'homme existe (par exemple, si la société cible n'a pas correctement indemnisé les titulaires de droits fonciers légitimes).

De tels passifs peuvent se révéler après un certain temps et générer des coûts et retards importants pour le projet. Il est donc nécessaire pour tout investisseur prudent de les anticiper.

Des investigations adaptées devront donc être conduites avant toute acquisition et tous travaux de construction, notamment quand l'État hôte a mis à la disposition de la cible les terrains nécessaires au projet.

Elles permettront à l'entreprise d'identifier et d'évaluer les éventuels risques, de décider de l'opportunité d'investir ou non et de négocier, le cas échéant, les termes et conditions de son investissement (ajustement de prix ou garanties).

B. – Rôle des professionnels du droit et culture de conformité

27. Protéger les intérêts de l'entreprise en évitant les contentieux et en minimisant ses risques juridiques fait partie des missions des professionnels du droit qui doivent conseiller l'entreprise face à tous les types de sanctions, qu'elles soient juridiques ou imposées par les « nouveaux juges » que sont, par exemple, les marchés financiers ou les ONG.

Cette tendance vers une extension du devoir du conseil des juristes est notamment illustrée par les recommandations de l'IBA aux barreaux et juristes d'affaires (*draft business and human rights guidance for bar associations and lawyers, 2014*) et l'évolution progressive



de celles des barreaux européens dont un renforcement des réglementations devrait prochainement être examiné.

Les juristes ont ainsi un rôle essentiel pour sensibiliser les entreprises qu'ils conseillent sur leurs risques liés au non-respect des droits de l'homme en organisant des formations et en mettant en place des programmes de contrôle de conformité et des procédures adaptés.

28. Si la mise en œuvre de ces recommandations ne permet pas la suppression de tous les risques pour les entreprises, elle est néanmoins de nature à les réduire significativement.

Ainsi, dans le cadre de leurs stratégies globales de gestion des risques, les entreprises extractives seraient prudentes d'adopter une culture de conformité contribuant à la sécurisation de leurs investissements, de la même manière qu'elles ont, par le passé, développé des cultures de santé et sécurité et de lutte contre la corruption qu'elles continuent d'améliorer.

Les entreprises pourraient ainsi :

- Encourager le signalement par leur personnel de préoccupations en matière de conformité et faire obligation à leurs dirigeants de les traiter sans délai, tout en assurant aux individus les rapportant une protection contre d'éventuelles représailles ; et
- Exiger que toutes ces préoccupations et les plaintes liées fassent l'objet d'analyses et de rapports pour éviter leur renouvellement.

Pour de multiples raisons, la mise en œuvre des mesures de vigilance dans les pays en développement reste toutefois complexe. La stratégie de prévention des risques mise en œuvre doit donc être pragmatique, flexible et adaptée aux circonstances et aux contraintes de l'entreprise mais n'en demeure pas moins absolument nécessaire.

III. – UN INVESTISSEMENT NÉCESSAIRE

29. La mise en œuvre de telles mesures de vigilance et d'une stratégie efficace de contrôle de conformité nécessite une anticipation et une mobilisation de ressources suffisantes par les entreprises, y compris pour contribuer au renforcement des capacités de l'État hôte ou des communautés concernées lorsque c'est approprié.

Un calendrier accéléré de mise en œuvre du projet associé à une mobilisation de ressources insuffisantes est en effet de nature à augmenter les risques pour l'entreprise. Il est nécessaire d'en tenir compte, notamment quand un calendrier de travaux est convenu.

En dépit de ces précautions, le temps et les ressources disponibles sont toujours limités et des compromis sont donc nécessaires. Il convient alors de minimiser les risques, notamment en évitant les violations graves des droits de l'homme et en réparant rapidement les autres atteintes ne pouvant être évitées.

Il est donc essentiel que les entreprises mettent en œuvre une stratégie globale de gestion des risques intégrant une excellente gestion de projet (de très nombreux départements de l'entreprise étant impliqués dans la mise en œuvre des mesures de prévention des risques) et une assistance juridique continue. Ceci devrait être considéré comme un investissement inhérent au développement de tout projet.

30. Au regard des risques encourus, il ne serait en effet pas raisonnable pour les entreprises de ne pas mettre en œuvre de telles mesures de vigilance.

Nous constatons toutefois que ces recommandations de bon sens ne sont pas toujours mises en œuvre par des entreprises extractives qui, dans une période de volatilité des cours des matières premières minérales, peuvent, pour certaines, être tentées d'adopter une approche à court terme voyant dans la mise en œuvre de mesures de vigilance un coût à réduire. Une telle approche risque fortement de se retourner, à terme, contre ces entreprises et leurs actionnaires.

L'expérience a en effet montré qu'en matière de gestion de risques, les entreprises sont souvent leurs propres ennemies et que les crises sont souvent bien plus délicates et coûteuses à gérer que l'investissement raisonnable requis pour la mise en œuvre de mesures de vigilance adaptées pour éviter ces crises.

31. Les entreprises extractives seraient donc avisées de considérer la mise en œuvre d'une telle stratégie proactive comme une opportunité pour elles (et leurs actionnaires) d'accroître la sécurité de leurs investissements en améliorant leurs réputations, leurs performances sociales et leurs relations avec les parties prenantes, en renforçant leurs capacités d'accéder à de nouvelles opportunités et aux financements requis et en réduisant leurs expositions aux risques juridiques, financiers et réputationnels.

32. La mise en œuvre d'une telle stratégie devrait ainsi être considérée, à la manière d'une assurance, comme un investissement d'un coût raisonnable et adapté au projet, susceptible de bénéficier à l'entreprise en réduisant son exposition aux risques et en augmentant les chances d'une exploitation à long terme.

Elle pourrait aussi permettre de constituer des arguments de défense en cas d'allégation de violation des droits de l'homme que l'entreprise estimerait injustifiée.

33. Les progrès dans ce domaine ne seront pas réalisés du jour au lendemain mais il serait prudent que les entreprises extractives s'engagent, dans leur intérêt et celui de leurs actionnaires, dans une démarche d'amélioration continue en tirant les leçons des expériences négatives subies par certaines d'entre elles et en mettant en œuvre des mesures de vigilance adaptées à leurs projets.

34. Plusieurs entreprises extractives ont déjà mis en place des comités d'experts indépendants pour renforcer leurs capacités en matière de RSE.

Ces questions étant, en pratique, complexes et évoluant très rapidement, une action prioritaire que les entreprises pourraient mettre en œuvre pourrait consister à se faire assister par des experts qualifiés et des avocats maîtrisant l'environnement à risques dans lequel elles opèrent et capables de les conseiller sur les normes et standards applicables et les meilleures pratiques pour respecter les droits de l'homme, prévenir les crises et, le cas échéant, gérer celles ne pouvant être évitées.

35. Ces développements qui concernent le secteur extractif sont largement transposables à d'autres secteurs où d'importants investissements sont réalisés, notamment pour l'exploitation à long terme de ressources naturelles, comme par exemple l'agro-industrie et l'exploitation forestière. ■

Contrat et devoir de vigilance



Par **Mustapha MEKKI**

Agrégé des Facultés de droit
Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne
Paris Cité

Directeur de l'Institut de Recherche pour un
Droit Attractif (I.R.D.A.)

→ RLDA 5589

1. Dialectique entre contrat et devoir de vigilance – Avec les années, le devoir de vigilance a acquis une force et une densité normatives plus importantes (Thibierge C. [dir.], *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Lextenso, Bruylant, 2009 ; C. Thibierge [dir.], *La densification normative. Découverte d'un processus*, Mare & Martin, 2013). La juridicisation progressive du devoir de vigilance s'est faite au moyen d'un outil privilégié : le contrat. Instrument adapté au phénomène d'internormativité (Belley J.-G., *Le contrat comme phénomène d'internormativité*, in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Préf. J. Carbonnier, LGDJ, 1996, p. 195), le contrat entretient avec le devoir de vigilance une relation dialectique car il est tantôt la source d'une obligation de vigilance, tantôt l'effet d'un devoir général de vigilance (cf. Queindec Y., *L'émergence de contrats durables pour exercer sa vigilance*, RLDA 2014/99, n° 5398).

2. Le « durcissement » du devoir de vigilance – Après que le projet « Macron » ait laissé croire à la consécration d'un « *intérêt général économique social et environnemental* » qui devait guider les décisions sociales (C. civ., art. 1833, mod. : Mekki M., *Le projet Macron et le nouvel article 1833 du code civil : quand la force du droit vient de la force des mots*, in <<http://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/le-projet-macron-et-le-nouvel-article-1833-du-code-civil-quand-la-force-du-droit-vient-de-la-h/ab58af973d31526e3f37a8c66b1ce8d7.html>>), une proposition de loi, adoptée en première lecture le 30 mars 2015, fait désormais miroiter la création d'un devoir de vigilance des sociétés-mères et des donneuses d'ordre à l'égard de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs. Ce devoir de vigilance, maillon fort de la responsabilité sociale (et environnementale) des entreprises (RSE), passerait ainsi du statut de droit souple à celui de droit dur (cf. *Entreprises transnationales et droits de l'homme* – À la recherche des combinaisons normatives adaptées, Queindec Y. et Bourdon W., *Journal Européen des Droits de l'Homme*, avr. 2013). Le devoir de vigilance deviendrait le vecteur d'une responsabilité qui s'appuie sur le passé et s'incline vers l'avenir (Ricoeur P., *Postface au temps de la responsabilité*, in *Lectures I. Autour du politique*, Paris Seuil, 1991, p. 282). L'objectif d'un tel devoir est de sensibiliser et de responsabiliser des multinationales face aux enjeux éthiques de leur activité dans le monde. Cette vigilance a un champ d'action très large renvoyant à la protection et à la promotion des droits de l'homme, de l'environnement, de la sécurité sanitaire et justifiant également la mise en place de mesures destinées à lutter contre la corruption.

3. La proposition de loi du 11 février 2015 – La proposition de loi est un maillon supplémentaire à cette chaîne normative en passant de la simple intention à la véritable obligation. Elle impose dans

un article 1^{er} la mise en place d'un plan de vigilance qui consisterait à établir une cartographie des risques, à mettre en place une contractualisation des obligations RSE, à instaurer une procédure d'alerte et des mesures protectrices des lanceurs d'alerte, à organiser des audits sociaux et environnementaux à tous les stades de la chaîne de production, à adhérer à des initiatives sectorielles et à des référentiels internationaux... Ce plan doit être établi au moyen d'une concertation avec les parties prenantes au sein de l'entreprise et au sein de la société civile. Quant à l'article 2, il précise les sanctions encourues. Outre la consécration d'une amende civile et d'une sanction « *réputationnelle* » (publication et affichage des manquements), la loi rattacherait les manquements à l'article 1382 du code civil (faute, dommage et lien de causalité).

Pour densifier cette norme et en renforcer l'intensité, le contrat de droit privé se présente comme l'outil idoine.

4. Les effets normatifs du contrat au service du devoir de vigilance – L'instrument contractuel peut devenir un instrument de pouvoir (Supiot A., *La relativité du contrat en questions. Conclusion générale*, in *La relativité du contrat*, Travaux de l'Association H. Capitant, LGDJ, 2000, p. 183 et s., spéc. p. 198). Le contrat n'est pas seulement un instrument d'échange économique, il produit des effets normatifs et fixe une réglementation générale et abstraite de la relation contractuelle (Mekki M., *Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat*, in *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, p. 323 et s.). Le contrat est également au service du pluralisme juridique. Outre le fait que, par le contrat, les parties peuvent concilier les dimensions économiques, politiques et juridiques (Teubner G., *Droit et réflexivité. L'auto-référence en droit et dans l'organisation*, trad. Boucquoy N. avec la collab. Maier G., LGDJ, Coll. Story Scientia, 1994, spéc. p. 149 et s. et 267 et s.), il facilite surtout la conciliation entre les ordres juridiques (Belley J.-G., *Le contrat entre droit, économie et société. Étude socio-juridique des achats d'Alcan au Sagunay-Lac-Saint-Jean*, Les éditions Yvon Blais inc., Coll. *Le droit aussi...*, 1998, p. 251) et contribue à assurer une « *harmonie normative* » (Belley J.-G., *Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique*, in *Droit négocié, droit imposé ?*, FUSL, 2002, p. 353 et s., spéc. p. 362 et s.). Instrument d'internormativité, le contrat peut devenir la matrice par laquelle se concrétise la notion de sphère d'influence des entreprises (Queindec Y., *La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE. Lecture juridique d'un phénomène normatif*, *Journal des sociétés*, n° 100, juillet 2012, p. 66 et s., spéc. p. 68). Le rapprochement avec le devoir de vigilance conforte l'idée d'un contrat qui dépasse le modèle du Code civil de 1804 pour devenir un contrat-organi-

sation (Didier P., Brèves notes sur le contrat-organisation, in L'avenir du droit, Mélanges Fr. Terré, Dalloz-P.U.F.-éd. du juris-classeur, 1999, p. 635 et s.), un contrat relationnel (Ian R. Macneil, *The New Social Contract : An Inquiry into Moderne Contractual Relations*, New Haven, Yale University Press, 1980), un contrat alliance (Hamelin J.-Fr., *Le contrat-alliance*, *Economica*, 2012), ou un contrat-coopération (Lequette S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, *Economica*, 2012). Ne serait-ce pas le premier signe d'un « *contrat durable* » dont on évoque l'émergence depuis quelques années (Queindec Y., *Les relations ONG/entreprises. Une dynamique contractuelle au service de l'environnement*, in *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, P.U.A.M., 2015, p. 157 et s., spéc. p. 170) ? Ce rapprochement confirme également que le droit de l'environnement et de la santé publique ne peut plus se satisfaire des seuls instruments du droit public. Le droit privé en général et le contrat de droit privé en particulier sont des outils utiles et nécessaires à la réalisation de l'intérêt général (Mekki M., *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004, spéc. nos 1151 et s., p. 706 et s.).

5. Créateur de normes juridiques, le contrat de droit privé va entretenir avec le devoir de vigilance un rapport dialectique. Si le contrat apparaissait, dans un premier temps, comme un canal privilégié par lequel le devoir de vigilance entrait dans la vie juridique, en dépassant les frontières de l'éthique, il est devenu en même temps un effet de l'émergence d'un devoir de vigilance, source de divers engagements et obligations contractuels. Autrement dit, le contrat a, dans un premier temps, été le vecteur d'une obligation de vigilance, pour être en passe de devenir, dans un deuxième temps, l'effet d'un devoir général de vigilance.

I. – LE CONTRAT, VECTEUR D'UNE OBLIGATION DE VIGILANCE

6. L'obligation de vigilance appartient principalement, pour le moment du moins, au droit volontaire. C'est par la convention que le devoir de vigilance se « *juridicise* ». La contractualisation du devoir de vigilance emprunte aux deux paradigmes que sont la hiérarchie et le réseau. Dans une approche hiérarchique et verticale, le contrat confère à des principes de portée générale une force contraignante. Il y a en quelque sorte un effet vertical du contrat (A). Dans une approche en réseau et horizontale, le contrat a des effets entre les parties et à l'égard des tiers. Il produit un effet horizontal (B).

A. – L'effet vertical du contrat

7. **Les principes non contraignants, vecteurs du devoir de vigilance** – Pendant longtemps, le devoir de vigilance a été rattaché à la *soft law*. Il a d'abord fait son apparition sur le plan international. Les principes directeurs des Nations-Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme du 21 mars 2011 (<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31_fr.pdf>) consacrent ainsi comme principe général le devoir de diligence raisonnable (*due diligence*). Ces principes ont été suivis de ceux de l'OCDE, à l'intention des entreprises multinationales, du 25 mai 2011 dont la réalisation est renforcée par l'existence d'un point de contact national, sorte de représentant institutionnel dans les différents pays signataires (<<http://www.oecd.org/fr/investissement/mne/48004355.pdf>>). Cet ensemble de principes non contraignants a été encouragé par les

instances européennes par un avis de la Commission des affaires étrangères du 5 décembre 2012 prônant que « *des règles de diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et de chaîne d'approvisionnement soient établies au niveau de l'Union, [...]* ». Ce devoir de vigilance peut également désormais s'appuyer sur la norme ISO 26000 (<<http://www.iso.org/iso/fr/home/standards/iso26000.html>>) qui accole à ce devoir le concept de « *sphère d'influence* » étendant le champ d'action du devoir de vigilance au-delà des seules relations de dépendance ou de contrôle pouvant exister entre les sociétés. Par la suite, en France, au moyen d'une déclaration de principe, la loi n° 2014-773 du 7 juillet 2014 d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale déclare en son article 5 que « [...] *dans le cadre de cette exigence de responsabilité sociétale, les entreprises mettent en place des procédures de gestion des risques visant à identifier, à prévenir ou à atténuer les dommages sociaux, sanitaires et environnementaux et les atteintes aux droits de l'homme susceptibles de résulter de leurs activités dans les pays partenaires* » (cf., également, l'article 1^{er} de la proposition de loi n° 1686 du 8 janvier 2014 relative à la sous-traitance). Par ce biais, la France encourage les sociétés implantées en France ou les sociétés françaises implantées à l'étranger à appliquer les principes dégagés par les Nations-Unies et l'OCDE. Pour la mise en œuvre de ces principes, l'instrument contractuel est encouragé (Maurin L., *Contrat et droits fondamentaux*, LGDJ, Tome 545, 2013, n° 443, p. 335 et s.).

8. **L'effet coercitif du contrat** – Les principes directeurs du droit international (N.U., OCDE, ISO) ne peuvent devenir obligatoires que par le truchement d'un engagement volontaire. Les entreprises peuvent ainsi s'engager, par convention, à faire respecter ces principes auprès de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs. La technique contractuelle permet en quelque sorte d'opérer une « *évangélisation* » (Verdun F., *Les risques juridiques liés à la démarche éthique de l'entreprise*, Cah. dr. entr. 2011, n° 5, dossier 31) du devoir de vigilance. La proposition de loi du 11 février 2015 est dans cet esprit car la contractualisation est directement visée, lors des débats préparatoires, comme un élément constitutif du plan de vigilance. Une illustration topique et instructive de l'efficacité de l'outil contractuel est fournie par l'affaire « *Erika* ». La chambre criminelle de la Cour de cassation, dans sa décision du 25 septembre 2012 (Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938, Bull. crim., n° 198. Rapp. Cass. soc., 15 févr. 2012, n° 10-27685), consacre non seulement la compétence du juge français pour statuer sur des faits réalisés hors de son territoire national, mais surtout engage la responsabilité de la société-mère au fondement d'un engagement pris par celle-ci dans le contrôle de l'état des navires (« *vetting* »). L'effectivité des droits fondamentaux, de la promotion et de la protection de l'environnement et de la sécurité sanitaire, de la protection de la dignité des salariés, voire des moyens de lutte contre la corruption, peut ainsi être assurée par voie conventionnelle (Hennebel L. et Lewkowicz G., *La contractualisation des droits de l'homme. De la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique*, in *Repenser le contrat*, Lewkowicz G. et Xifaras M. (dir.), Dalloz, Méthodes du droit 2009, p. 221 et s.). La force contraignante du contrat profite à un droit de l'environnement composé pour une grande part de *soft law* et reposant en grande partie sur une politique incitative (Le droit souple, Journées nationales de l'Association Henri Capitant, Dalloz, Thèmes et commentaires 2009). Le contrat est le résultat de « *cette conjonction entre incitation institutionnelle et engagement volontaire* » (Deumier P., *Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de*



l'homme, in *Droits économiques et droits de l'homme*, Larcier, 2009, p. 671 et s., spéc. p. 672. Adde, Belhali-Bernard H., *Le droit de l'environnement : entre incitation et contrainte*, RDP 2009, n° 6, p. 1689), traduction d'un phénomène de « *contractualisation positive* » (Hennebel L. et Lewkowicz G., *La contractualisation...*, op. cit., p. 221 et s., spéc. p. 225).

9. L'effet completif du contrat : précisions contractuelles – Le contrat permet en outre d'individualiser et de préciser la nature des engagements pris par les entreprises. Cette fonction du contrat est essentielle en droit des sites pollués (Mekki M., *La gestion conventionnelle des risques liés aux sols et sites pollués*, JCP N 2014, n° 27). Droit d'ingénieur, de nombreuses notions doivent être définies par les parties : l'usage, la « *dépollution* »... Le risque environnemental ou le passif environnemental étant difficile à cerner, la convention permet de délimiter et de répartir les risques entre parties voire avec les tiers (Mekki M., *Vente d'un bien pollué et passif environnemental*, JCP N 2015, à paraître). Au-delà de la police administrative des sols pollués qui peut être complétée par convention, c'est l'ensemble des principes vecteurs d'un éventuel devoir de vigilance qui manque de précisions. Ainsi des déclarations faites au sein des principes directeurs précités (NU, OCDE ou norme ISO) qui demeurent trop vagues pour être suffisamment contraignantes. Dans le même esprit, les principes figurant au sein de la Charte de l'environnement sont trop généraux pour pouvoir en déduire un droit subjectif déterminé. La Charte énonce notamment le devoir de chacun de « *prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* » et le droit de chacun « *de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* ». En outre, les rapports RSE pèchent par leur trop grande généralité et surtout par leur trop grande hétérogénéité. En effet, les indicateurs utilisés par les entreprises ne sont pas imposés par la loi mais librement choisis par les entreprises. Et le changement ne viendra pas de l'Union européenne qui entend maintenir, en matière de reporting, « *une approche souple et non intrusive* » (Epstein A.-S., *L'information environnementale communiquée par l'entreprise. Contribution à l'analyse juridique d'une régulation*, Thèse Nice, nov. 2014, n° 278, p. 214) encourageant ainsi le « *self-service normatif* » (Supiot A., *Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises*, in *Études offertes à Jean Pélissier. Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 541). En présence de simples pétitions de principe rédigées de manière vague et floue, le contrat permet de préciser les contours de ces engagements. Il devient particulièrement précieux dans le cadre du futur devoir de vigilance des sociétés-mères afin de détailler les différentes séquences du plan de vigilance : clauses d'information, clauses de contrôle, clauses d'audit, clauses comportementales, clauses de répartition des risques, clauses de conciliation... (cf., par exemple, le triptyque du Guide des achats responsables de l'Alliance du Commerce : obligations fondamentales, obligations de diligence, obligations d'influence, sur ce guide, Queinnek Y. et Penglaou M.-S., *De l'utilité des Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, RLDA 2013/84, n° 4688).

10. L'effet completif du contrat : les adjonctions contractuelles – Le contrat permet également d'aller au-delà des exigences légales. On connaît bien ce mode opératoire en droit des sites pollués. À la simple réhabilitation, les parties peuvent s'engager par contrat à une totale « *dépollution* » (Cass. 3^e civ., 29 févr. 2012, n° 11-10.318, Bull. civ. III, n° 37, RDC 2012, p. 1306, note Mekki M. ; CA Versailles, 3 janv. 2012, n° RG : 10/08104 ; CA Besançon, 14 juin 2012, n° RG : 585/2012). À l'obligation légale de réhabilitation peut être ajoutée une clause

contractuelle de garantie de passif environnemental (Cass. 3^e civ., 16 janv. 2013, n° 11-27.101, Bull. civ. III, n° 4). En droit des sociétés, la consécration prochaine du devoir de vigilance ne prive pas le contrat de son intérêt, bien au contraire. Le domaine d'application de ce devoir reste limité et ses modalités très circonscrites. Seules les sociétés de plus de 5 000 salariés et dont le siège social est sur le territoire français sont concernées, ce qui réduit les cibles à près de 150 entreprises (C. com., art. L. 225-102-4, I, al. 2). Selon le futur article L. 225-102-4, I, alinéa 1^{er}, du code de commerce, « *toute société qui emploie, à la clôture de deux exercices consécutifs, au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français, ou au moins dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé sur le territoire français ou à l'étranger, établit et met en œuvre de manière effective un plan de vigilance* ». En outre, ce devoir de vigilance doit se traduire par la mise en œuvre d'un plan de vigilance, composé d'éléments divers, qui s'adresse aux filiales précitées et aux fournisseurs ou sous-traitants avec lesquels il existe une « *relation commerciale établie* » (il suffit qu'il existe une relation au caractère « *suivi, stable et habituel* », selon le Rapport de la Cour de cassation de 2008). Une succession de contrats ponctuels peut suffire (Cass. com., 15 sept. 2009, n° 08-19.200, Bull. civ. IV, n° 110). Le champ d'application légal de ce devoir demeure donc relativement restreint et la notion de relation commerciale établie relativement flexible. Par le contrat, il est possible d'élargir le champ d'application de cette disposition. Il suffit par exemple de se soumettre conventionnellement à ces dispositions spéciales (Bureau D., *L'extension conventionnelle d'un statut impératif. Contribution du droit international privé à la théorie du contrat*, in *Mélanges Ph. Malaurie, Defrénois*, 2005, p. 125 et s.). Les sociétés de moins de 5 000 salariés peuvent ainsi adhérer à ce statut impératif de vigilance. Quant aux modalités, elles peuvent être plus contraignantes que la loi. Le plan de vigilance peut être analysé comme un ordre public minimum. Le contrat doit aussi permettre d'inverser la charge de la preuve. La proposition de loi prévoit uniquement une responsabilité pour faute dont la charge de la preuve pèse sur le demandeur. Par convention, il pourrait être exigé de l'entreprise qu'elle prouve elle-même qu'elle a mis tous les moyens à sa disposition pour réaliser au mieux son plan de vigilance et pour exécuter au mieux son devoir de vigilance. Cette convention est d'autant plus nécessaire qu'il sera difficile pour les personnes souhaitant agir contre la société de prouver non seulement la faute mais aussi le lien de causalité entre celle-ci et le dommage !

11. L'effet informatif du contrat – Enfin, toujours dans un cadre vertical, le contrat est un relais précieux d'information. Ce « *contrat pédagogique* » (Rochfeld J., *Le PARE ou les virtualités du « contrat pédagogique »*, RDC 2005, p. 257) devient un moyen de garantir l'effectivité du et l'accessibilité au droit. Cela est particulièrement vrai en matière environnementale ou sanitaire où les normes juridiques applicables, droit dur ou droit souple, foisonnent. Certaines clauses figurant ainsi dans le contrat peuvent n'être qu'informatives sans créer d'obligations nouvelles. Elles se contentent de rappeler les textes applicables ou l'existence de principes. Ces clauses ne sont pas pour autant dépourvues d'une force normative mais n'ont pas au sens proprement juridique de force contraignante. Ces clauses informatives permettent de sensibiliser et de responsabiliser l'émetteur de l'information.



Au-delà d'un effet vertical, le contrat peut produire un effet horizontal et créer entre particuliers une « zone de vigilance ».

B. – L'effet horizontal du contrat

12. La création conventionnelle d'un « réseau ou d'une zone de vigilance » – Le contrat n'est pas seulement un moyen de rendre obligatoire ce qui relève habituellement de la sphère, sinon du non-droit, du moins du seul droit souple. Il permet aussi de diffuser entre les partenaires, de façon horizontale, une série d'obligations de vigilance en créant en quelque sorte un « réseau de vigilance » ou une « zone de vigilance » (à l'instar des réseaux de distribution dans lesquels on crée des zones d'exclusivité ou de non-concurrence, cf. Amiel-Cosme L., La théorie institutionnelle du réseau, in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 1 et s.). Le domaine privilégié de ce phénomène est celui du droit des sociétés et de la responsabilité sociétale des entreprises. Par la contractualisation, les sociétés peuvent renforcer leur obligation de vigilance dans leurs rapports avec leurs filiales, leurs fournisseurs et leurs sous-traitants. Il n'est plus question ici de réceptionner par contrat les pétitions de principe des textes internationaux mais de créer un lien de dépendance entre la société et ses filiales, fournisseurs ou sous-traitants. Ce lien peut être rapproché du contrat féodal théorisé par le Professeur Alain Supiot : « *le droit en train de naître dans le contexte de la globalisation est imprégné de formes passées, et [...] la société en réseaux marque, non pas la victoire du contrat sur la loi ou de la « société civile » sur l'État, mais la résurgence de montages institutionnels antérieurs à l'édification des États souverains* » (Supiot A., *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, p. 103). Le contrat devient un instrument de contrainte et exerce une fonction institutionnelle (Jamin Chr., *Théorie générale du contrat et droit des secteurs régulés*, in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006, p. 183 et s., spéc. p. 194 et s.). On crée une forme d'ordre juridique conventionnel d'autant plus important dans les domaines où l'État est faible ou autoritaire (en ce sens, Hennebel L. et Lewkowicz G., *La contractualisation des droits de l'homme*, spéc. p. 226 ; cf. par exemple, Backer L.-C., *Economic Globalization and the Rise of Efficient Systems of Global private lawmaking : Wal-Mart as Global Legislator*, *University of Connecticut Law Review*, vol. 39, 2007, p. 1739 et s.). Il y aurait ainsi par le contrat la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques (Hennebel L. et Lewkowicz G., *La contractualisation...*, op. cit., spéc. p. 242). Les multinationales apparaissent alors comme de véritables « *législateurs globaux* » (Frydman B. et Lewkowicz G., *Les codes de conduite, source du droit global ?*, <http://www.academia.edu/1499758/Les_codes_de_conduite_source_du_droit_global>).

13. La diffusion d'une obligation générale de surveillance traduction d'un principe de vigilance – Par le contrat, les parties vont pouvoir dépasser les frontières de la personnalité juridique. Cette personnalité morale est effectivement facteur de désresponsabilisation. Comme l'affirme François-Guy Trébulle, « *il faut assumer la puissance, le pouvoir qui déclenche par essence le devoir [...] et la responsabilité, indépendamment de barrières qui s'avèrent déléguées* » (Trébulle F.-G., *Vers une amélioration de la prise en compte des chaînes d'approvisionnement ?*, *Environnement*, 2014, p. 1). Finalement, les engagements contractuels constituent le vecteur d'une obligation transversale de vigilance (Rochfeld J., *L'obligation transversale*, D. 2007, p. 2068, note sous Cass. 3^e civ., 3 mai 2007, n^o 06-11.591, Bull. civ. III, n^o 67) et partant de surveillance répondant ainsi au souhait d'une

partie de la doctrine qui voudrait voir consacré le principe général selon lequel « *toute personne dont l'activité permet ou favorise la création d'un risque de dommage causé par autrui doit s'efforcer de surveiller ce dernier à des fins préventives* » (cf. l'excellente thèse de Coulon C., *L'obligation de surveillance*, *Economica*, 2003, n^o 369). Cette zone de vigilance peut s'appuyer sur différentes formes de conventions.

14. Convention de vigilance entre entreprises et ONG – Elle peut, tout d'abord, prendre la forme d'une convention entre entreprises et les ONG (Queinnec Y., *Les relations ONG/entreprises. Une dynamique contractuelle au service de l'environnement*, in *Le contrat et l'environnement...*, op. cit., p. 157 et s., spéc. p. 165 et s.). Des engagements précis sont ainsi pris par des entreprises afin d'encourager le développement des petites entreprises locales ou d'améliorer la prise en considération de l'impact social et environnemental de leurs activités (pour quelques exemples, Queinnec Y., *La notion de sphère d'influence au cœur de la RSE. Lecture juridique d'un phénomène normatif*, *Journal des sociétés*, n^o 100, juill. 2012, p. 66 et s., spéc. p. 69). Le contrat entre entreprises et ONG permet le plus souvent de déterminer par convention des objectifs à atteindre, sorte de « *contrat-programme* ».

15. Efficacité étendue entre contractants – Dans le cadre d'une chaîne d'approvisionnement, par exemple, les conventions peuvent imposer un certain nombre d'obligations de comportement et vont mettre en place une procédure de mise en œuvre, procédure de suivi, de contrôle et de vérification. À l'analyse du droit positif, ces engagements sont très efficaces lorsqu'il s'agit pour les entreprises de sanctionner les partenaires (Abadie P., *Entreprise responsable et environnement. Recherche d'une systématisation en droit français et américain*, Thèse Paris I, 2011, n^o 550, p. 495). Par exemple, l'Oréal prévoit dans son code d'éthique des obligations précises et contraignantes : « *L'ORÉAL souhaite partager ces principes avec ses partenaires commerciaux, et s'assurer, dans la mesure du possible, que ces derniers respectent bien ces mêmes lois et réglementations* ». Parfois, cependant, les codes, chartes ou conventions imposés par les entreprises à leurs filiales, fournisseurs ou sous-traitants se présentent comme un moyen de contourner la législation en vigueur. Par exemple, il arrive que par ce biais un employeur tente d'étendre son pouvoir disciplinaire en évitant les contraintes législatives du règlement intérieur (sur une requalification en règlement intérieur, cf. par exemple, TGI Nanterre, 6 oct. 2004, Comité d'établissement Novartis Pharma c. SAS Novartis Pharma) ou de la négociation collective (sur cette idée, Meyrat I., *Le droit du travail à l'épreuve de « l'éthique des affaires »*, op. cit. Adde, Desbarats I., *RSE et nouvelles formes organisationnelles des entreprises : quels enjeux ?*, *Journal des sociétés*, oct. 2009, n^o 69, p. 15). Même si la plupart de ces engagements sont peu souvent négociés, figurant notamment dans les conditions générales ou en annexe d'un contrat-cadre, ils n'en restent pas moins, à l'instar des contrats d'adhésion, de véritables contrats et sont rigoureusement appliqués (cf. l'affaire *Wal-Mart*, Kenny K.-E., *Code or contract : whether Wal-Mart's code of conduct creates a contractual obligation between Wal-Mart and the employees of its foreign suppliers*, *Northwestern journal of international law and business*, 2007, vol. 27, p. 453).

16. Efficacité limitée au profit des tiers – En revanche, l'analyse révèle qu'entre les parties, c'est-à-dire plus précisément à l'égard des émetteurs eux-mêmes, ces engagements ne sont pas toujours pleinement efficaces. En d'autres termes, « *faites ce que je dis,*

mais ne me reprochez pas ce que je fais ». L'affaire Wal-Mart est une illustration topique. Wal-Mart prévoit dans un code d'éthique une inspection des fournisseurs. En revanche, si la société ne met pas en œuvre ces procédures de contrôle, les salariés ne peuvent s'en prévaloir contre la société (Epstein A.-S., th. préc., n° 425, p. 327). Ce n'est rien d'autre que le principe de l'effet relatif des conventions qui nuit en l'occurrence à la pleine efficacité du devoir de vigilance. On pourrait néanmoins admettre que ce manquement contractuel est susceptible de fonder une action de nature extra-contractuelle contre l'entreprise pour le dommage causé aux salariés (Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, Bull. civ. ass. plén., n° 9, D. 2006, p. 2825, note Viney G., RDC 2007, p. 269, obs. Mazeaud D.).

L'effet horizontal du contrat ne repose pas uniquement sur des conventions contraignantes. Certaines d'entre elles, paradoxalement, sont dépourvues « *de force obligatoire* », ce qui n'est cependant pas sans intérêt pour « *juridiciser* » l'obligation de vigilance.

17. La multiplication des « conventions sans engagement juridique » – Les entreprises prennent souvent la peine de maintenir leurs relations en dehors du droit, dans les limites de l'éthique. Cela donne alors naissance à des engagements étranges. Il est ainsi souvent question d'une « *convention obligatoire sans engagement juridique* » ! Les exemples sont légion (cf. Epstein A.-S., th. préc., p. 321, note 512). Les entreprises du médicament, syndicat professionnel regroupant près de 270 entreprises, ont conclu en 2013 une « *convention d'engagement volontaire* » sans force contraignante ! Elles se sont engagées avec le ministère de l'écologie entre 2012 et 2014 à « *inscrire leurs programmes de RSE dans leurs objectifs stratégiques en faveur de l'innovation thérapeutique, l'efficacité des dépenses de santé et l'attractivité du territoire français. Elles progressent en associant l'ensemble de leurs collaborateurs et parties prenantes* ». Les parties usant de toutes les virtualités de la rhétorique (Mekki M., Le discours du contrat : quand dire, ce n'est pas toujours faire, RDC 2006, p. 302) utilisent des termes narratifs ou constatifs au caractère flou (Epstein A.-S., th. préc., n° 424, p. 324, note 529). Il est rare que la qualification contractuelle soit ici retenue (*ibid.*, n° 425, p. 326, note 544).

18. L'effet normatif de la « convention sans engagement juridique » – Cependant, même si le juge ne va pas jusqu'à reconnaître l'existence d'un engagement contractuel contraignant, il peut utiliser les dispositions d'un code d'éthique ou d'une charte de comportement en qualité de standard juridique, un référent à l'aune duquel il appréciera le caractère fautif ou non de son auteur (Boizard M., Les codes de conduite privés un instrument volontaire juridiquement efficace ?, in Les approches volontaires et le droit de l'environnement, PUR, 2008, p. 147 et s., spéc. 152 et s.). Comme le soutenait Gérard Farjat, « *les juges peuvent utiliser des dispositions émanant de codes de conduite comme éléments d'interprétation ou de construction de solutions juridiques sans même faire référence à leur source d'inspiration* » (Farjat G., Réflexions sur les codes de conduite privés, in Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à B. Goldman, Litec, 1982, p. 48 et s., spéc. p. 63). Finalement, si le contrat ne crée pas ici d'obligation, la convention constitue une norme de référence au regard de laquelle peut être déterminé le contenu d'une obligation de prudence et de vigilance.

19. Apparemment, l'obligation de vigilance n'est envisageable qu'à la condition d'avoir été voulue par les parties. Sans cet engagement volontaire, il semble traditionnellement difficile d'imposer

aux parties une telle obligation. Conclure ainsi c'est cependant oublier l'aphorisme d'Émile Durkheim : « *tout n'est pas contractuel dans le contrat* » (Durkheim E., De la division du travail social, P.U.F., Coll. bibliothèque de philosophie contemporaine, 1973, spéc. p. 189. Adde, Durkheim E., Leçons de sociologie. Physique des mœurs et du droit, avant-propos Nail Kubali H., introduction Davy G., P.U.F., Coll. Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1950, spéc. p. 208 : « [...] *le lien contractuel ne saurait être primitif* [...]. *Le contrat est [...] une source de variations qui suppose un premier fond juridique, ayant une autre origine* »). Autrement dit, le « *droit* » des contrats préexiste au contrat voulu par les parties. En ce sens, si le contrat est aujourd'hui facteur de vigilance ce n'est pas (seulement) parce que les parties l'ont voulu mais parce que le système juridique en a décidé ainsi, système qui vient s'imposer aux parties. C'est alors le devoir général de vigilance qui devient vecteur du contrat et se détache d'une conception par trop volontariste.

II. – LE DEVOIR GÉNÉRAL DE VIGILANCE, VECTEUR DU CONTRAT

20. Dans une démarche plus prospective, le devoir de vigilance serait devenu un élément constitutif de l'ordre public. À ce titre, ce devoir constitue une valeur fondamentale qu'il convient de préserver et de promouvoir. La décision de la Cour de cassation du 7 mars 2006, dans l'affaire du Distilbène (Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, n° 04-16.179, Bull. civ. I, n° 142, D. 2006, IR. 812, et nos obs., RTD civ. 2006, p. 565, obs. Jourdain P., RTD com. 2006, p. 906, obs. Bouloc B., Resp. civ. et assur. 2006, comm. 164, obs. Radé C.), qui consacre une obligation de vigilance limitée aux produits, et celle du Conseil constitutionnel du 8 avril 2011 (Cons. const. QPC, 8 avr. 2011, n° 2011-116, RD imm. 2011, p. 369, note Trébulle F.-G., RJE 3/2011, p. 393, obs. Steichen P.) qui l'étend aux personnes, sont les premières manifestations de ce devoir général de vigilance qui peut également s'appuyer sur les articles 1 et 2 de la Charte de l'environnement. En inversant le raisonnement, ce devoir préexistant de vigilance est, d'une part, le vecteur d'engagements contractuels (A) et, d'autre part, le vecteur d'obligations contractuelles (B).

A. – Le devoir de vigilance, vecteur d'engagements contractuels

21. Du Contrat social au Contrat naturel – La vigilance pourrait progressivement devenir une norme générale de comportement : devoir de protéger et de promouvoir ce qui relève du patrimoine commun des générations présentes et futures. Un lien peut ici être fait, du moins pour l'aspect sanitaire et environnemental, avec l'idée d'un Contrat naturel qui se superpose au Contrat social (Serres M., Le contrat naturel (1992), Champs Essai, 2009). Au nom du devoir de vigilance, au nom de cette valeur qui consiste à se préoccuper en permanence des impacts sociaux et environnementaux de ses actes et de ses décisions, le juge, acteur central, peut imposer aux parties un engagement contractuel.

22. L'existence d'une norme générale de vigilance d'ordre public – Pour ce faire, le juge dispose de divers outils juridiques auxquels le droit positif ne réserve pas, pour l'instant, un accueil important. En effet, les juges continuent de raisonner en partant de l'aval, le contrat, alors qu'ils devraient raisonner, en amont, en partant de l'existence d'un ordre public, d'une norme générale de vigilance qui s'impose à tous. Parmi les différents instruments qui



permettraient au juge d'engager juridiquement des personnes qui n'en ont pas expressément et clairement manifesté la volonté, on peut citer l'engagement unilatéral de volonté.

23. L'engagement unilatéral de volonté et ses limites en matière de vigilance – Un engagement juridique obligatoire est-il envisageable lorsque la société, par exemple, s'est unilatéralement engagée à respecter certains principes ou certaines règles éthiques ? Dans cette hypothèse, le droit français pourrait user de l'engagement unilatéral de volonté (Malinvaud Ph., Fenouillet D. et Mekki M., *Droit des obligations*, 13^e éd., 2014, n^{os} 57 et s.). La jurisprudence s'appuie parfois sur la détermination préalable d'une obligation naturelle. Ainsi la promesse d'exécuter une obligation naturelle transforme celle-ci en obligation civile. Ce raisonnement sied parfaitement aux engagements RSE (Trébulle F.-G., *Responsabilité sociale des entreprises*, Répertoire Dalloz, spéc. n^o 49). Le devoir de vigilance serait un devoir de conscience étroitement lié à la notion d'obligation naturelle (Coudrais M., *L'obligation naturelle, une idée moderne ?*, RTD civ. 2011, p. 453). En ce sens, Philippe le Tourneau affirme qu'« *il pourrait être soutenu que toute affirmation dans un document public (charte, code, etc.) transforme l'apparent devoir moral proclamé ubi et orbi en obligations civiles nolens volens* » (Le Tourneau Ph., *Responsabilité sociale des entreprises et droit des affaires*, in *Responsabilité sociale des entreprises : regards croisés, droit et gestion*, *Economica*, 2011, p. 253 et s., spéc. p. 256). Ce mode de raisonnement est parfois retenu par la chambre sociale (Cass. soc., 6 juin 2001, n^o 99-43.929).

Ce fondement est original mais plusieurs conditions font défaut et risquent de constituer un obstacle à une telle reconnaissance, à moins d'adapter l'institution à ce contexte particulier. Notamment, cet engagement doit en principe s'adresser à une personne déterminée et manifester une volonté libre, claire et précise de son auteur (Epstein A.-S., th. préc., n^o 423, p. 322 et 323). Or, très souvent, les codes, chartes ou guides reposent sur des engagements très flous, très généraux dont il est difficile de tirer un engagement précis. En outre, ils s'adressent souvent à des personnes indéterminées (Abadie P., th. préc., n^o 551. *Adde*, Deumier P., *Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques*, RTD civ. 2009, p. 77).

24. Les adaptations possibles et souhaitables – On pourrait cependant défendre l'idée d'engagements unilatéraux au profit de créanciers indéterminés (Génicon Th., *Forces et faiblesses de l'engagement unilatéral de volonté*. À propos de la qualification d'un « engagement d'apport » en société, note sous Cass. 1^{re} civ., 28 nov. 2012, n^o 11-20.674 RDC 2013, p. 505 et s.). Dans un raisonnement propre à la protection des valeurs sociales et environnementales, on pourrait également défendre l'idée que le destinataire n'est pas une personne mais un patrimoine (Epstein A.-S., th. préc., n^o 436, p. 340), patrimoine commun dont chacun d'entre nous serait le dépositaire (sur ce lien entre droit des biens et environnement, cf. Mekki M., *L'avenir du droit des biens et le droit de l'environnement*, in *L'avenir du droit des biens*, Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2015, à paraître). Il faudrait alors solliciter la théorie du patrimoine-but qui aurait pour « *propriétaires-substituants* » des administrateurs qui agiraient conformément à ce but environnemental (Xifaras M., *La propriété. Étude de philosophie du droit*, PUF, 2004, p. 322 et s.). Ce « *patrimoine commun* » est aujourd'hui une réalité et est pourvu de nombreuses virtualités (en ce sens, Rochfeld J., *Les grandes notions du droit privé*, PUF, *Thémis*, 2011, p. 389 et s., spéc. n^o 30, p. 393 ; Trébulle F.-G., *La propriété à l'épreuve du patrimoine commun : le renouveau du domaine universel*, in *Mélanges Malinvaud Ph.*, Litec, 2007,

p. 660 et s.). Il est un patrimoine sans personne (Del Rey M.-J., *La notion controversée de patrimoine commun*, D. 2006, point de vue, p. 388). Cependant, il y a deux manières de surmonter cet obstacle. La première consiste à instituer un organisme qui serait dépositaire de ce patrimoine commun de la Nation. Ce procédé est expérimenté dans certains pays pour concilier les multiples utilités et les multiples intérêts qui peuvent exister sur un même bien foncier (l'exemple des Comores, Mahamoudou S., *Comores « À qui la terre » ? Par-dessus les conflits de propriété, les réalités de la gestion en commun*, 2015, à paraître). L'autre manière de procéder serait de considérer que chacun d'entre nous est, en qualité de *trustee* ou fiduciaire, titulaire d'un droit public subjectif ou d'un droit subjectif d'intérêt général attribuant la qualité pour agir en justice et défendre ce patrimoine commun.

25. Les contrats judiciairement formés – Sans passer par le détour d'une obligation naturelle et malgré l'expression d'une volonté formelle de ne pas être engagée juridiquement, il arrive que les juges retiennent tout de même l'existence d'un contrat. Ce contrat judiciairement formé (Engel-Créach A., *Les contrats judiciairement formés*, *Economica*, 2002) peut être illustré par un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 23 janvier 2007 par lequel il a été jugé « *qu'en s'engageant, fût-ce moralement, « à ne pas copier » les produits commercialisés par la société Créations Nelson, la société Camaieu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente ; que la cour d'appel, qui n'encourt aucun des griefs du moyen, en a donc exactement déduit que cette clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable* » (Cass. com., 23 janv. 2007, n^o 05-13.189, Bull. civ. IV, n^o 12). Si la Cour de cassation ne donne pas de justifications, certains raisonnements juridiques pourraient fonder cette formation forcée du contrat, qui s'avère très utile en matière de RSE et traduit une forme de peine privée.

26. Quasi-contrat – Le quasi-contrat, notion fourre-tout, pourrait, tout d'abord, être sollicité pour faire valoir contre son auteur un engagement qui n'a pourtant pas fait l'objet d'un véritable accord de volontés. À l'instar d'une société de loterie qui ne se serait engagée à rien mais aurait laissé croire que la personne avait gagné, on pourrait reprocher à une société de laisser croire au destinataire trompé qu'elle respectait une éthique environnementale à laquelle elle était censée avoir adhéré (Cass. ch. mixte, 6 sept. 2002, n^o 98-22.981, Bull. civ. ch. mixte., n^o 4, D. 2002, p. 2963, note Mazeaud M., Defrénois 2002, 1608, obs. Savaux E.).

27. L'attente du créancier – Le juge peut également focaliser son raisonnement sur le destinataire de l'information pour en induire l'existence d'un engagement contractuel. Plusieurs théories doctrinales, parfois relayées par la jurisprudence, peuvent fonder la formation forcée d'un tel contrat : application de la théorie de l'attente légitime du contractant (Guerlin G., *L'attente légitime du contractant*, Thèse dactyl. Amiens, 2008, qui précise qu'il faut se livrer à une analyse des attentes tant du côté du débiteur que de celui du créancier ce qui limite l'intérêt de ce fondement face à des « créanciers » usant volontairement de termes ambigus, spéc. n^o 529), théorie renouvelée de l'apparence (Danis A., *Apparence et contrat*, LGDJ, 2004), notion originale de quasi-engagement (Grimaldi C., *Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l'obligation*, Defrénois, 2007), application d'un « *principe* » de cohérence (Houtcief D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, 2 vol., P.U.A.M., 2001), théorie de



la force obligatoire de l'information erronée (Fabre-Magnan M., De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, LGDJ, 1992, préf. Ghestin J., spéc. n° 640).

28. La force obligatoire du document publicitaire – Les documents publicitaires sont également nombreux à vanter les qualités environnementales ou sociales d'un produit ou d'une société. Ce document publicitaire peut-il être qualifié de document contractuel ? La Cour de cassation exige un document dont les termes sont suffisamment précis et qui a déterminé l'engagement des parties pour le qualifier de document contractuel (Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2010, n° 08-14.461, D. 2011, Pan., 472, obs. Amrani-Mekki S., JCP G 2010, n° 983, obs. Ghestin J.). Va cependant se poser un problème de preuve : comment prouver le caractère déterminant ? Le caractère éthique d'une vente d'un produit ou de l'exercice d'une activité ne devrait-il pas être présumé déterminant ? En ce sens, les économistes voient dans les qualités environnementales des biens et services des « *attributs de croyance* ». En faveur d'une telle présomption peut être rattachée la notion de consommateur moyen pour lequel les qualités sociales et environnementales d'une décision ou d'une production sont devenues des qualités normales. Ce consommateur moyen a été évoqué dans la célèbre affaire « *Monsanto France* » (Cass. crim., 6 oct. 2009, n° 08-87.757). Il ne s'agit cependant pas ici de souscrire à une obligation générale environnementale imposant une présomption générale applicable à toutes les situations car elle serait trop indéterminée et facteur d'insécurité juridique (en faveur d'une présomption généralisée, Boutonnet M., Des obligations environnementales spéciales à l'obligation environnementale générale en droit des contrats, D. 2012, p. 377. Adde, Depincé M., D'un droit privé de l'environnement, RLDC 2008/51, n° 3079. Contra, Epstein A.-S., th. préc., nos 187 et s.). Cependant, cette présomption du caractère déterminant de la qualité environnementale doit pouvoir jouer en présence de documents ou d'actes dont les termes sont relativement précis. Pour les autres cas, il appartiendra au destinataire d'établir la preuve du caractère déterminant.

29. Au-delà des engagements contractuels ayant pour source un devoir général de vigilance guidant le raisonnement des juges et qui fonderait l'existence judiciairement imposée d'engagements contractuels, le devoir de vigilance peut se traduire par l'intégration dans un contrat d'obligations imposées aux parties.

B. – Le devoir de vigilance, vecteur d'obligations contractuelles

30. Obligations spéciales d'information et vigilance – Parmi les principales obligations qui traduisent l'immixtion dans le contrat d'obligations contractuelles non expressément voulues par les parties, l'obligation d'information occupe une place de choix. Les obligations d'information ne sont pas ici principalement destinées à informer le destinataire. De plus en plus souvent, en matière de développement durable, elles sont là pour sensibiliser et responsabiliser les émetteurs. De cette manière, indépendamment des résultats, le manquement à une telle obligation permet plus facilement d'engager la responsabilité de son auteur. Cette facilité probatoire fondée sur un manquement à une obligation d'information est particulièrement visible en matière de sites pollués où existe un véritable devoir de prudence et de diligence. Le vendeur doit par exemple informer l'acquéreur par écrit lorsqu'il s'agit d'une installation classée pour la protection de l'environnement (C. env., art. 514-20), quand bien même il ignorerait tout de l'existence d'un site pollué, et le manquement à son obligation d'information l'oblige à prendre à sa charge

la réhabilitation. On oblige le vendeur à faire preuve d'une certaine diligence dans l'intérêt général environnemental et au moyen d'une obligation légale d'information. Le dernier exploitant est également tenu d'informer des changements d'usage du bien à défaut de quoi il engage sa responsabilité (sur tous ces aspects, Mekki M., Vente d'un bien pollué et passif environnemental, *op. cit.*, à paraître). En matière de sites pollués, l'acquéreur lui-même pourrait être le débiteur d'une telle obligation. Émerge en effet le concept de « *due diligence* » de l'acquéreur (Due diligence qui nous vient du Comprehensive environmental response, compensation and liability Act (CERCLA), 42 U.S.C. 9601). Ce devoir de vigilance du propriétaire acquéreur n'est pas respecté si ce dernier n'a pas eu la diligence de vérifier par un audit l'état du bien. Ces audits sont donc fortement conseillés lorsqu'il y a cession d'entreprise (Paillusseau J., Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle, JCP G 2002, I, 112). En ce sens, un arrêt a pu juger que l'acquéreur agit avec une légèreté certaine s'il ne se renseigne pas sur le passé d'une exploitation sachant que, dans les cessions de droits sociaux, le cédant n'a aucune obligation légale d'information (Cass. com., 27 janv. 2009, n° 08-10.052, Dr. Sociétés juin 2009, comm. 109, obs. Coquelet M.-L.). En matière de substance chimique, le règlement REACH va poser des obligations d'information très lourdes. Comme le dit Pierre Lascoumes, en la matière, « *L'incertitude n'exonère pas la responsabilité, elle la renforce en créant un devoir de prudence* » (Lascoumes P., La précaution, un nouveau standard de jugement, Esprit, novembre 1997, n° 11, p. 129). Dans toutes les hypothèses où une autorisation préalable est imposée (OGM, médicaments, etc., cf. spécialement en droit minier, Gossement A., Droit minier et droit de l'environnement, Rapport, 12 octobre 2011, spéc. p. 236 et s.), il s'agit moins d'un renversement de la charge de la preuve que de la mise en place d'une obligation substantielle (obligation d'évaluation, d'expertise, de suivi...) mettant à la charge des débiteurs une obligation spéciale de vigilance.

31. Vers un droit à l'information – En définitive, apparaît progressivement un droit à l'information au service du devoir de vigilance (cf. déjà Convention internationale d'Aarhus du 25 juin 1998 qui consacre un droit à l'information). L'article 7 de la Charte de l'environnement dispose en ce sens que « *toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques [...]* ». Ce droit à l'information connaît un relais auprès des juridictions judiciaires. Ainsi de l'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 29 octobre 2008 qui a retenu, dans l'affaire « *Monsanto France* », que la présentation publicitaire faite par la société Monsanto « *élude le danger potentiel du produit par l'emploi de mots rassurants et induit le consommateur en erreur en diminuant le souci de précaution et de prévention qui devraient normalement l'inciter à une consommation prudente* » (CA Lyon, 29 oct. 2008, n° RG : 1012/07), ce qui vaudra à la société d'être sanctionnée pour publicité trompeuse, sanction confirmée par la Cour de cassation le 6 octobre 2009 (préc.).

32. De l'obligation contractuelle de vigilance au devoir général de vigilance – En droit positif, l'obligation de vigilance utilise le canal du contrat pour gagner en intensité et en densité. Sur un plan plus prospectif, se construit progressivement un ordre public écologique au sein duquel le devoir de vigilance est en plein essor, pouvant à l'avenir fonder la soumission des parties à un engagement ou à des obligations qu'elles n'auront pas expressément voulues. S'opère avec le temps le passage d'une obligation contractuelle de vigilance à un devoir général de vigilance. ■

Devoir de vigilance, le consommateur aussi

Promouvoir la vigilance environnementale, sociale et sociétale des entreprises qui produisent et mettent sur le marché des produits et services n'a de sens que si l'on s'intéresse au dernier maillon de la chaîne économique, celui qui par ses achats fera le choix vertueux, à savoir le consommateur. Susciter aussi la vigilance du consommateur est le complément nécessaire à l'adoption de normes de conduite strictes lors de la production de biens et de services et de leur distribution. Deux nouveaux dispositifs illustrent combien production responsable et consommation responsable vont de pair.

L. n° 2014-344, 17 mars 2014, JO 18 mars ;

L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, JO 1^{er} août, art. 93 ;

D. n° 2015-295, 16 mars 2015, JO 18 mars



Par Yann QUEINNEC

Directeur Général d'Affectio Mutandi



Et Marie-Pierre BLIN-FRANCHOMME

Maître de conférences en droit HDR
CDA équipe EJERIDD
Université Toulouse Capitole

→ RLDA 5590

La crise que connaît le système libéral stimulerait la consommation responsable, comme en attestent les études du CREDOC : « *l'attention portée aux conditions de production comme remise en cause de la société de consommation est un trait distinctif des représentations de la consommation en temps de crise* » (cf. la présentation de Hébel M., directrice département consommation Crédoc, Revue des marques, numéro 77, janv. 2012).

Dès le siècle dernier, les Principes directeurs des Nations Unies pour la protection du consommateur, prônaient en 1999 « *l'éducation des consommateurs concernant l'impact socioéconomique et sur l'environnement des choix qu'ils effectuent* », en soulignant que « *la recherche de modes de consommation durables est une responsabilité commune à tous les membres et à tous les organismes de la société ; des consommateurs avertis, les pouvoirs publics, les entreprises, les groupements professionnels et les organisations de défense des consommateurs et de l'environnement jouent à cet égard des rôles particulièrement importants* ».

C'est aussi ce qu'a confirmé au niveau communautaire, notamment la Stratégie « Europe 2020 », pour une croissance intelligente, durable, et inclusive (COM(2010) 2020 final du 3 mars 2010).

Au niveau français la nouvelle Stratégie nationale de transition écologique vers un développement durable 2014-2020 (SNTEDD), qui propose des orientations et des priorités pour répondre aux grands enjeux environnementaux et à leurs conséquences économiques et sociales consacre son deuxième axe à la consommation durable, avec pour priorité première de « *Réorienter les modèles de production, d'échange et de consommation* », en soutenant en particulier l'économie circulaire. Ce faisant les pouvoirs publics poursuivent donc le chantier ouvert avec les travaux du Grenelle visant à améliorer la « *gouvernance écologique* » des

consommateurs. Ce sont en effet bien les bases d'un droit de la consommation responsable qu'ont posé les lois Grenelle de 2009 et 2010. Rappelons que trois avancées ont été réalisées avec le renforcement de l'information environnementale des produits via l'affichage de leurs caractéristiques environnementales (C. consom., art. L. 112-10, al. 1^{er}), la clarification des allégations environnementales utilisées par les entreprises (C. consom., art. L. 214-1) et la régulation des pratiques commerciales se fondant sur l'argument du développement durable (C. consom., art. L. 121-1).

Deux lois récentes ont poursuivi l'éveil du consommateur en matière de développement durable et imposent aux entreprises des vigilances qui méritent attention. La première enjoint les entreprises à une vigilance que l'on pourrait qualifier de vigilance de conception des produits et focalise son action sur la préservation de l'environnement (I). La seconde en s'adressant au fabricant, producteur et distributeur impose un devoir de réponse sur les conditions sociales de fabrication (II).

I. – UNE VIGILANCE DE CONCEPTION DES PRODUITS

La loi Hamon fournit de nouveaux éléments juridiques propices à une consommation durable (L. n° 2014-344, 17 mars 2014, JO 18 mars, relative à la consommation), puisque dans son chapitre 2 elle s'attache à « *améliorer l'information et renforcer les droits contractuels et de soutenir la durabilité et la réparabilité des produits* ».

En effet, outre un allongement de la garantie de six mois à deux ans pour tous les produits, l'article 6 de cette loi initie la **lutte contre leur obsolescence programmée** en imposant pour le fabricant l'obligation d'informer le consommateur sur la disponibilité des pièces détachées (C. consom., art. L. 111-3). D'autre part, vecteur d'éducation à une consommation raisonnée, le contrat le sera

encore (Blin-Franchomme M.-P., Le contrat de consommation, outil de la protection de l'environnement, in *Contrat et environnement*, [dir.] Boutonnet M., PUAM, 2014), et de façon fort originale, car l'article 4 de la loi contient une mesure de soutien à l'économie de la fonctionnalité ou de l'usage : « À titre expérimental, du 1^{er} janvier 2015 au 31 décembre 2017, les vendeurs de produits peuvent pratiquer l'affichage d'un double prix pour un même bien : un prix de vente et un prix d'usage [...] ».

Le prix d'usage est défini comme « la valeur marchande associée à l'usage du service rendu par un bien meuble et non à la propriété de ce bien ». L'article dispose que ce double prix portera sur un nombre de produits déterminés par décret sur la base d'un rapport confié au Conseil National de la Consommation et qu'à l'issue de la phase d'expérimentation, le Gouvernement remettra au Parlement un rapport qui en établira le bilan et qui dressera les perspectives de développement de l'économie de fonctionnalité.

Si ce dispositif relève de l'expérimentation, le second est bel et bien entré en vigueur avec la publication d'un décret d'application le 18 mars 2015 (D. n° 2015-295, 16 mars 2015, JO 18 mars).

II. – UN DEVOIR DE RÉPONSE SUR LES CONDITIONS SOCIALES DE FABRICATION

La loi ESS : Économie sociale et solidaire (L. n° 2014-856, 31 juill. 2014, JO 1^{er} août, art. 93), remarquée pour son soutien à l'essor d'un entrepreneuriat soucieux de valeurs proches du développement durable (Blin-Franchomme M.-P., Le marché de la consommation durable : regards sur la loyauté des pratiques commerciales, *Contrats, conc., consom.* 2012, étude, p. 6), doit retenir l'attention en ce qu'elle favorise la vigilance du consommateur quant aux conditions sociales de fabrication d'un produit. En imposant au fabricant, producteur ou distributeur un devoir de réponse à ses demandes d'information elle exige de leur part une vigilance qui fait échos aux nouvelles exigences de *reporting* non-financier ainsi qu'à la proposition de loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre (voir Constantin A. et Queinnec Y., Devoir de vigilance – Les organes de gouvernance des entreprises en première ligne, RLDA 2015/104, n° 5586).

En effet, un article L. 117-1 est créé dans le Titre I^{er} : Information des consommateurs du Code de la consommation posant que « Le fabricant, le producteur ou le distributeur d'un bien commercialisé en France transmet au consommateur qui en fait la demande et qui a connaissance d'éléments sérieux mettant en doute le fait que ce bien a été fabriqué dans des conditions respectueuses des conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux toute information dont il dispose portant sur un des éléments ci-après : origine géographique des matériaux et composants utilisés dans la fabrication, contrôles de qualité et audits, organisation de la chaîne de production et identité, implantation géographique et qualités du fabricant, de ses sous-traitants et fournisseurs ».

Nous notons deux dérogations à cette obligation. L'une liée au secret des affaires, l'entreprise étant libre de ne pas transmettre l'information, sous réserve de justifier que la transmission serait « de nature à compromettre gravement les intérêts stratégiques ou industriels du fabricant, du producteur ou du distributeur concerné par la demande ». Quant à l'hypothèse selon laquelle l'entreprise ne disposant pas de l'information « est tenue d'en informer le consommateur », outre que cette ignorance serait fâcheuse pour l'entreprise, cette dérogation nécessiterait *a fortiori*, une justification.

On constate ainsi les liens étroits qui unissent cette obligation d'information du consommateur de l'obligation de *reporting* non-financière (en particulier le dispositif issu de la loi Grenelle, cf. Muka Tshibende L.-D., Queinnec Y. et Tchotourian I., Art. 224-2 de la loi Grenelle II, Vers un droit de la gouvernance d'entreprise (enfin ?) responsable, *Rev. dr. Int. et comp.*, 2012, n° 1, p. 133 — ainsi que la directive n° 2014/95/UE) et la proposition de loi sur le devoir de vigilance adoptée par l'Assemblée le 30 mars 2015 consistant à imposer l'établissement d'un Plan de vigilance. On peut en effet constater combien la collecte des informations non-financières requises pour nourrir le rapport annuel de gestion, constitue la matière première permettant aux entreprises de respecter cette obligation d'information du consommateur sur les conditions sociales de fabrication.

Remarquons d'ailleurs que ce dispositif a pour effet de loger l'ensemble des acteurs de la grande distribution à la même enseigne, alors que les seuils d'application prévus par la proposition de loi sur le devoir de vigilance (entreprises de plus de 5 000 salariés) a pour effet d'assujettir les groupes intégrés tels que Carrefour, tout en excluant les groupements d'indépendants comme Leclerc ou Système U...

Évidemment l'une des questions que la pratique devra résoudre est de savoir ce qui constituera des « éléments sérieux » susceptibles de déclencher le droit à l'information. Nul doute que la montée en puissance du phénomène de lanceurs d'alerte, le travail de journalistes d'investigation ou encore les classements et rapports de certaines institutions et ONG entrèrent en ligne de compte.

Conclusion

Ces deux dispositifs brièvement décrits complètent un environnement normatif en pleine effervescence construisant progressivement une cohérence d'ensemble du devoir de vigilance. Ils ne devraient pas rester lettre morte tant ils viennent compléter le tableau des mutations normatives, sociétales et digitales à l'œuvre (Guedj P.-S., L'ère de l'Homo Ethicus Numericus, site web de Culture RP, 20 févr. 2015). Alors que les plateformes en ligne telles que Citizencase, WeJustice, ou encore Actioncivile.com permettent de mutualiser les recours juridiques, surfant sur l'entrée en vigueur de l'action de groupe, que les campagnes de lanceurs d'alerte individuels ou organisés sont relayées par des sites de pétitions en ligne comme Avaaz ou Change, tout concourt pour inciter les entreprises à se préparer à répondre. ■